

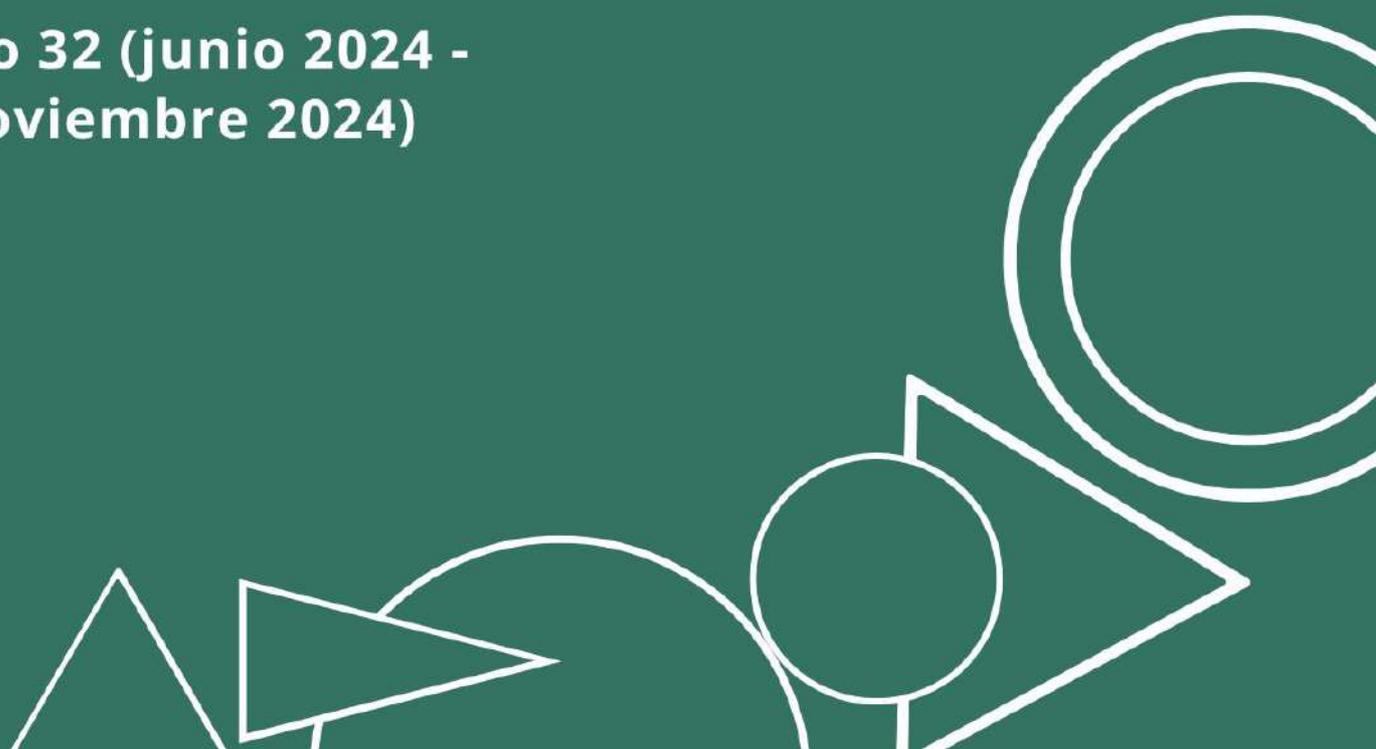
ISSN 1851-3069

RGIO
JA

REVISTA ELECTRÓNICA

Instituto de Investigaciones Jurídicas
y Sociales A. L. Gioja

No 32 (junio 2024 -
noviembre 2024)



Consideraciones sobre la negociación en el Derecho Internacional

Considerations about negotiation in International Law

 **Luis Fernando Castillo Argañarás**

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA)

luiscastilloarganaras@derecho.uba.ar

Resumen: Las negociaciones tienen gran relevancia en las relaciones internacionales. Es una herramienta que emplea el Derecho Internacional en la gestión de los conflictos y es la base de la función diplomática. El objetivo de este artículo es realizar una aproximación a la negociación desde el Derecho Internacional Público. Así, se busca dar respuesta a los siguientes interrogantes: 1) ¿Qué es la negociación internacional y cuáles son sus características? 2) Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, ¿está regulada? 3) ¿Existe la obligación de negociar de buena fe?

Palabras claves: NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL; DERECHO INTERNACIONAL; OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR; SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS; DIPLOMACIA.

Abstract: The negotiations are highly relevant in international relations. It is a tool that applies International Law in conflict management, and it is the basis of the diplomatic activity. The objective of this article is to carry out an approach to negotiation from Public International Law. Thus, it seeks to answer the following questions: 1) What is international negotiation and what are its characteristics? 2) From the point of view of Public International Law, is it regulated? 3) Is there an obligation to negotiate in good faith?

Keywords: INTERNATIONAL NEGOTIATION; INTERNATIONAL LAW; OBLIGATION TO NEGOTIATE; DISPUTE SETTLEMENT; DIPLOMACY.

Fecha de recepción: 28/03/2023

Fecha de aceptación: 27/07/2023



Consideraciones sobre la negociación en el derecho internacional

Luis Fernando Castillo Argañarás

I. Palabras previas

A diario leemos en los periódicos noticias relativas al tema de la negociación. Así, “Corea del Norte anuncia la suspensión de las negociaciones nucleares con EE. UU.” (Vidal Ley, 2019), “Bruselas y Londres elevan el nivel de las negociaciones para intentar evitar un *Brexit* salvaje” (De Miguel, 2019). En un artículo editorial de un periódico de amplia difusión en Argentina se señalaba “De la cortesía europea a una negociación sin red” (Liotti, 2020) refiriéndose a la situación de este país con el Fondo Monetario Internacional. Estos titulares evidencian la importancia de las negociaciones internacionales en el campo de las relaciones internacionales y el Derecho Internacional Público. Se ha señalado que “la negociación es el principal medio para manejar todas las controversias internacionales y se emplea con más frecuencia que las otras técnicas de gestión de conflictos” (Jackson, 2000, p. 323). Además, “el diplomático en el ejercicio de sus funciones, lo que hace siempre es negociar, hasta en los menores asuntos” (Vilariño Pintos, 2016, p. 163). En ese sentido, la negociación internacional es considerada como “el medio idóneo, útil y civilizado, inclusive el medio por antonomasia, para acomodar intereses y resolver diferencias entre las partes y alternativa válida a los conflictos, la violencia y las guerras” (Beltramino, 2004, p. 7). En ese sentido, Arredondo considera que “la diplomacia es el arte de la representación, la negociación, la protección de los

intereses del Estado y de sus ciudadanos en el exterior” (2016, p. 1). En ese orden de ideas, la negociación se encuentra en la base de la diplomacia.

Se considera que “la existencia de una relación necesaria entre negociación internacional y Derecho, cualesquiera sean la estructura y dinámica del proceso regulador, y según lo demuestra una práctica constante, parece no requerir demostración” (Beltramino, 1996, p. 5). No obstante, se ha planteado “la aparente ajurisdicción de la negociación internacional” (Beltramino, 1996, p. 5).

El objetivo de este artículo es realizar una aproximación a la negociación desde el Derecho Internacional Público. Se tratará de responder a los siguientes interrogantes: 1) ¿Qué es la negociación internacional y cuáles son sus características? 2) Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, ¿está regulada? 3) ¿Existe la obligación de negociar de buena fe? Las respuestas a estos interrogantes permitirán llegar a conclusiones.

II. Conceptualizando a la negociación internacional

La negociación internacional está contemplada en varios tratados e instrumentos internacionales que nos evidencia su lugar e importancia en el Derecho Internacional. Así, la encontramos en la Carta de las Naciones Unidas en el artículo 33 (1) que establece:

Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

La Resolución 2625 (XXV) de Asamblea General de Naciones Unidas “Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la

Carta de las Naciones Unidas” de 1970, señala luego de citar el Art. 2 (3) de la Carta de la ONU:

Los Estados, en consecuencia, procurarán llegar a un arreglo pronto y justo de sus controversias internacionales mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a los organismos o sistemas regionales u otros medios pacíficos que ellos mismos elijan. Al procurar llegar a ese arreglo las partes convendrán en valerse de los medios pacíficos que resulten adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, al referirse a las funciones de la misión diplomática establece en el Art. 3 (1) que:

Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:

a. representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b. proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; c. negociar con el gobierno del Estado receptor; d. enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante; e. fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

De estos artículos surge claramente que la negociación internacional cumple una función en el ámbito del Derecho Internacional Público. En ese sentido, se buscará definir qué es la negociación.

En el Caso de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, el Juez Moore, en su opinión disidente, consideró que en el ámbito internacional y de conformidad con el Derecho Internacional, “las negociaciones son el método legal y regular de administración según el cual los gobiernos, en el ejercicio de su incontestable poder, persiguen sus relaciones mutuas y discuten, ajustan y solucionan sus controversias” (1924, p. 62). Aquí, el Juez disidente hace referencia a la forma elemental y básica de relacionarse entre sí los Estados y la negociación como mecanismo de solución de controversias.

En la literatura especializada, se han dado distintas definiciones. Ikle, citado por Vilariño Pintos, la considera como “un proceso de interacción a través del cual

los gobiernos intentan explícitamente llevar a cabo una nueva combinación de sus intereses comunes y contrapuestos” (2016, p. 163). El mismo autor, cita a Lall, que conceptualiza a la negociación señalando lo siguiente:

“El proceso de consideración de una controversia o situación internacional por medios pacíficos, distintos de los procesos judicial o arbitral, con vistas a promover o alcanzar, entre las partes implicadas o interesadas, algún entendimiento, mejora, ajuste o solución de controversia o situación” (2016, p. 163).

Shaw considera que “básicamente consisten en la discusión entre las partes interesadas con vistas a reconciliar opiniones divergentes o por lo menos comprender las diferentes posiciones mantenidas” (Shaw, 2017, p. 721).

Se puede señalar que “la negociación sigue siendo la esencia del proceso diplomático” (Pearson y Rochester, 2000, p. 241). Marcel Merle, en su clásica obra, Sociología de las Relaciones Internacionales, estima que, “la negociación siempre ha sido considerada como un modo específico de relaciones, ofrecido a los Estados para solucionar pacíficamente sus diferencias. Incluso, muchos autores la han asimilado, pura y simplemente, a la diplomacia” (1991, p. 520). En el Dictionaire Diplomatique se puntualiza que “la negociación es la razón de ser no solo del agente diplomático en tanto que Jefe de la Misión, sino también de toda la diplomacia, y de todas las otras formas y todos los otros aspectos de la acción oficial de un diplomático están subordinados a ella” (Merle, 1991, p. 520). El mismo autor agrega que “una gran parte de la actividad económica internacional se regula mediante convenciones en las que el sector privado se asocia a las iniciativas de gobiernos extranjeros” (1991, p. 520). Por ese motivo:

“Los Estados no negocian solamente entre ellos. También tratan con empresas extranjeras, en especial para la conclusión de contratos, la implementación o la transferencia de tecnología, cuando no para la ejecución, con gastos compartidos, de proyectos conjuntos (*joint ventures*)” (Merle, 1991, p. 522).

Desde el punto de vista de Merle, se orienta la definición que posteriormente brinda Beltramino quien considera a la negociación internacional desde un punto de vista amplio como “comprensiva de la que tienen lugar entre gobiernos, entre

empresas o corporaciones, o entre individuos, que pertenecen a diferentes países, y mixtas, así como la que se realiza en el ámbito de las organizaciones y conferencias internacionales” (Beltramino, 1996, p.5). Aunque aquí, en algunos de estos supuestos, intervendría también el derecho interno de los Estados que no es objeto de análisis en este artículo.

Hasta aquí se consideraron definiciones de la negociación que la consideran como la forma básica de relacionarse a los Estados que es una de las funciones de la diplomacia conforme el Art. 3 (1) de la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas de 1961 y como un mecanismo para resolver las controversias internacionales de acuerdo a los Artículos 2 (3), 33 de la Carta de Naciones Unidas y la Resolución 2625 (XXV) de Asamblea General de Naciones Unidas “Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” de 1970. Por lo tanto, de estas definiciones se desprenden las funciones elementales y básicas de la negociación en el derecho internacional.

Para terminar de cerrar la conceptualización de la negociación como mecanismo de solución de controversias se la debe diferenciar de las consultas. Así, “cuando un gobierno anticipa que una decisión o un curso de acción propuesto puede perjudicar a otro Estado, las conversaciones con la parte afectada pueden proporcionar una forma de evitar una disputa al crear una oportunidad para el cambio y el acuerdo” (Merrills, 2011, p. 3), y el valor particular de la consulta es que “proporciona información útil en tiempo apropiado” (Merrills, 2011, p.3). En ese orden de ideas, hay una relación de género a especie entre la consulta y la negociación; ya que la primera tiende a dar información o anticipar un curso de acción y la negociación actúa sobre la controversia que surge de ese curso de acción referido.

III. Características de la negociación internacional

Richard Jackson considera que:

“En la arena internacional, donde los conflictos pueden fácilmente escalar hacia una guerra altamente destructiva y desestabilizante, en donde existe una ausencia de cualquier, generalmente aceptada, ‘regla de juego’; la negociación diplomática es tan común como el conflicto mismo” (Jackson, 2000, p. 324).

En ese orden de ideas, la negociación ha sido empleada para “la gestión de los conflictos desde que las relaciones entre Estados comenzaron” (Jackson, 2000, p. 324); aunque la negociación diplomática “fue institucionalizada en el S. XX en forma de compromiso de los Estados para resolver los conflictos” (Osmańczyk, 1977, p. 772). Por ejemplo, a nivel institucional “la encontramos en el Pacto Briand – Kellog (1928) antes que en la Carta de la ONU” (Osmańczyk, 1977, p. 772). Se debe tener presente que los autores citados son del área de las relaciones internacionales y se refieren a conflictos internacionales; pero, lo señalado por ellos, se aplica también a las controversias internacionales.

Se considera que la vía diplomática “es el mejor medio de resolución de disputas, ya que por medio de las negociaciones directas entre las partes es posible alcanzar más rápidamente un entendimiento duradero” (Verdross, 1976, p. 390). Hasta aquí, los autores ponen el acento en la negociación como el mejor método para resolver las controversias internacionales y que la caracterizan como un medio rápido para solucionarlas. No obstante, eso sucederá si hay voluntad política de los Estados de arribar a una solución.

Antonio Remiro Brotons señala que las negociaciones diplomáticas llevan adelante “una función múltiple en la solución de controversias internacionales en la medida en que, además de ser el medio autónomo de arreglo por excelencia, pueden ser el prólogo y/o epílogo necesarios de otros procedimientos en los que intervenga un tercero” (Remiro Brotons, 2007, p. 667). Por ese motivo:

“Es, sin duda, el medio más importante de arreglo cuantitativamente hablando, ya que a través de él se han solucionado la mayoría de las diferencias entre los

Estados y, por otro lado, es el que reúne las características de inmediatez - las conversaciones son directas entre las Partes-, rapidez - no son necesarias formalidades especiales- y, finalmente, puede ser realizado con mayor discreción e incluso secreto” (Diez de Velasco, 2010, p. 926).

La negociación “es un conjunto de actividades continuadas y relacionadas que involucran actores, decisiones y situaciones” (Jackson, 2000, p. 324). Además, la negociación comprende “un amplio espectro de comportamientos que varía desde una formal discusión en un foro multilateral como las Naciones Unidas, a conversaciones informales en un brindis de una embajada” (Jackson, 2000, p. 324). Al mismo tiempo, involucra una gran variedad de actores internacionales, “desde Estados a organizaciones internacionales y movimientos de liberación nacional basados en la etnia” (Jackson, 2000, p. 324). Los autores mencionados (Remiro Brotons, Diez de Velasco, y Jackson) subrayan que las negociaciones pueden involucrar tanto a Estados como a distintos sujetos de derecho internacional incluidas las organizaciones internacionales entre sí y en su seno. Dejan de lado la concepción estado céntrica del derecho internacional.

Por otro lado, pueden desarrollarse de manera informal y no institucionalizadas. En ese orden de ideas, Jackson puntualiza que “las negociaciones suceden a diario en los pasillos de Naciones Unidas, comunicaciones electrónicas entre diplomáticos, y entre embajadas a lo largo del mundo” (2000, p. 325). Así, “las negociaciones son flexibles, ya que ambas partes pueden intercambiar opiniones de carácter no vinculante. Además, son económicas en comparación con otros procedimientos, y si se resuelve el diferendo, se arregla la controversia para satisfacción de todos” (Armagnague, 2018, p. 313). Entonces, las negociaciones pueden ser formales, informales, institucionales o no.

Por otro lado, “una negociación verdaderamente diplomática necesariamente tiene que ser oficial, en tanto se actúa en nombre del Estado por órganos y personas adecuadamente representativos y a él se compromete” (Vilariño Pintos,

2016, p. 164). Surge aquí una característica que señala que debe ser emanada de órganos que conforme al derecho internacional ejerzan la representación oficial del sujeto que ejerce el *jus legationis*.

La negociación diplomática, además de su carácter oficial, debe ser llevada a cabo mediante la oralidad. Por este motivo, Vilariño Pintos puntualiza que “la clasificación que se ha hecho de la negociación diplomática en verbal y escrita no es correcta, pues la diplomacia implica, relación personal inmediata entre quienes negocian, lo que significa oralidad” (2016, p. 163). Algunos aspectos de la negociación pueden instrumentarse por escrito, por ejemplo, las propuestas iniciales o el acuerdo final, pero la esencia es oral. Se considera, entonces, que la negociación es esencialmente oral y se puede instrumentar por escrito.

Stone, citado por Pastor Ridruejo, considera una serie de inconvenientes de la negociación:

1) no son adecuadas para determinar de modo objetivo e imparcial hechos controvertidos; 2) los negociadores sustentan pretensiones lo más alejadas posibles, en un proceso de regateo, con independencia del fundamento jurídico o de cualquier otro fundamento, 3) la desigualdad de poder de los Estados y la posibilidad de que el Estado poderoso imponga su voluntad al débil, 4) la posibilidad de que una parte se declare incapaz de ceder o no decidida a ceder (1994, p. 622).

No se puede estar plenamente de acuerdo con esta afirmación; ya que, por el contrario, en numerosos casos son aptas para circunscribir y delimitar el objeto de la controversia; no obstante, es cierto que “perjudicaría a los más débiles, impedidos de rechazar como principio una negociación directa para ampararse en una intervención de terceros compensatoria hasta cierto punto, de su inferioridad de hecho” (Remiro Brotons, 2007, p. 681).

Si bien, se pueden apreciar la serie de inconvenientes que se observan en el desarrollo de una negociación, también se pueden señalar aspectos que la favorecen. Así:

El éxito de la negociación depende de una gran cantidad de factores, tales como: la aceptabilidad de las reclamaciones de cualquier de las partes para con la otra, la moderación, el tacto y espíritu de mutuo acuerdo con que lleven a cabo las negociaciones, y el estado de la opinión pública en los países interesados, con respecto a las concesiones demandadas (Murty, 1985, p. 632).

Más allá de los pro y contras de la negociación, se puede traer un asunto resuelto mediante ella como fue el *Caso Relativo a la Conservación y Explotación Sostenible de las Poblaciones de Pez Espada en el Océano Pacífico Sur* que tuvo como partes en la controversia a la Unión Europea (UE) y Chile. El asunto fue planteado simultáneamente ante la Organización Mundial de Comercio (OMC) por la UE y por Chile ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Existiendo la posibilidad de resultados dispares.

La controversia puede resumirse en la conservación y explotación de espada. Empresas españolas se dedicaban a su pesca en áreas adyacentes a la Zona Económica Exclusiva (ZEE) de Chile. Este último adoptó medidas proteccionistas del recurso natural vivo (Bustamante y Fernández, 2021, p. 127). La UE ante la medida chilena decidió iniciar el procedimiento previsto en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC por considerar que la conducta de Chile provocaba una distorsión al comercio internacional. (Bustamante y Fernández, 2021, p. 127). Por su parte, Chile incoa un proceso ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, en “aras a obtener el reconocimiento de sus derechos de conservación en el área de explotación pesquera adyacente a la ZEE” (Bustamante y Fernández, 2021, p. 127).

“En 2001, la UE y Chile acordaron suspender provisoriamente el procedimiento y luego de sucesivas renovaciones – en 2003, 2005, 2007 – anunciaron, en octubre de 2008, la obtención de un acuerdo negociado sobre un proyecto de texto titulado ‘Entendimiento relativo a la conservación de las poblaciones de pez espada en el Océano Pacífico sudoriental’ y solicitaron una nueva suspensión. Finalmente, las partes acordaron retirar definitivamente ambos casos a fines del año 2009” (Godio, 2021, p. 504).

Como se consideró anteriormente, más allá de las ventajas o desventajas que pueden tener las negociaciones, este asunto es una clara muestra de beneficios y

como este procedimiento puede obtener “una solución que satisfaga los intereses de ambas partes y descartar al mismo tiempo, el ‘juego de suma cero’ que representaba el riesgo de dos procedimientos simultáneos y en tribunales creados con fines diferentes” (Godio, 2021, p. 504). La negociación permitió dejar de lado los mecanismos de la OMC y del Tribunal Internacional de Derecho del Mar y concluir en la firma de dos acuerdos entre las partes involucradas. Un primer convenio de cooperación de 2001 y un acuerdo de libre comercio entre la UE y Chile de 2002 (Godio, 2021, p. 504). En ese sentido, se coincide con Leopoldo Godio cuando subraya que “gracias a una metodología política se logró superar un diferendo mucho más profundo que la simple sobrepesca” (Godio, 2021, p. 504).

IV. La negociación internacional y el derecho internacional

Beltramino puntualiza que “el Derecho será a la vez – marco y plano referencial de toda negociación internacional; - condicionante de la posición y del instrumento principal del proceso negociador y puede constituir materia propia de dicho proceso” (Beltramino, 1996, p. 6).

En las negociaciones entre Sujetos de Derecho Internacional regirán las normas contenidas en los tratados y demás fuentes del Derecho Internacional. En ese sentido, existen normas que regulan las relaciones entre estos entes internacionales. Lang, citado por Beltramino señala que:

“Los abogados - negociadores no actúan en el vacío. Deben respetar los compromisos que ya existen, las obligaciones contenidas en el derecho consuetudinario y las obligaciones contenidas en tratados anteriores celebrados entre el mismo gobierno o diferentes gobiernos” (1996, p. 8).

Así, los Estados deben tener en cuenta y respetar las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que es uno de los pilares del derecho internacional público.

En el campo de las negociaciones multilaterales intergubernamentales “el predominio corresponde a las disposiciones de las Cartas o Constituciones y a los

términos de referencia previamente acordados para la reunión de que se trate” (Beltramino, 1996, p.5). Se debe tener presente también (en el supuesto de entrar en vigor) a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

La amenaza o el uso de la fuerza no pueden estar presentes en una negociación diplomática. El Art. 2 Inc. 4 de la Carta de las Naciones Unidas establece:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

En ese sentido, las negociaciones internacionales deben ser pacíficas, por tal motivo, el Art. 2 Inc. 3 de la Carta de las Naciones Unidas estatuye que “Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”.

Estas disposiciones están en concordancia con el Art. 33 de la Carta de la ONU, ya reseñado anteriormente, que resalta el carácter pacífico de los mecanismos de solución de controversias previstos en esta norma internacional.

Por su parte, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 señala en su artículo 2 e) “se entiende por ‘Estado Negociador’ un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado”; mientras que en el artículo 51 establece que “la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenido por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico”, y el Art. 52 señala que “en nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados a en la Carta de las Naciones Unidas”. Esta

última norma es correlativa del Art. 2 Inc. 4 relativo a la prohibición de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Así, de acuerdo con lo señalado anteriormente, además de declarar la nulidad de un tratado obtenido por la amenaza o uso de la fuerza, se puede puntualizar que “el proceso de celebración de los tratados se halla regido por un principio de gran arraigo en el Derecho Internacional, cual es el de la buena fe” (Pastor Ridruejo, 1994, p. 116).

Algunas Resoluciones de Asamblea General de la ONU, que en parte reflejan la costumbre internacional, también destacan el carácter pacífico de las negociaciones internacionales y la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza. Se pueden considerar en ese sentido a la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 1970 y la Resolución 37/10 de Asamblea General de la ONU adoptada en 1982, que tiene como anexo la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales.

La negociación internacional ha evolucionado desde el pasado hasta nuestros días “con un alto grado de libertad y autonomía en la actuación de las partes y en el proceso negociador mismo, sin estar regidas, salvo en determinadas materias y dentro de ciertos límites, por ninguna norma de derecho obligatoria” (Beltramino, 1996, p 20). En ese sentido, se puede leer en un artículo editorial de un periódico de amplia circulación en Argentina, y en relación con la deuda de este país con el FMI, que “la negociación deberá ser rápida y furiosa” (Liotti, 2020, p. 19), o una “negociación sin red” (Liotti, 2020, p. 19). No obstante, “la práctica internacional constante de la negociación internacional demuestra que ciertas reglas han sido habitualmente utilizadas e invocadas por las partes como tales” (Beltramino, 1996, p. 21).

Estas reglas que surgieron de la práctica internacional fueron receptadas en la Resolución 53/101 de la Asamblea General de Naciones Unidas “Principios y Directrices para las Negociaciones Internacionales”, adoptada el 8 de diciembre de

1998 y brinda un marco jurídico de referencia. Así, considera que “las negociaciones internacionales constituyen un medio flexible y eficaz de lograr, entre otras cosas, el arreglo pacífico de las controversias entre Estados y de crear nuevas normas internacionales de conducta” y tiene presente que:

“Los Estados se deben guiar en sus negociaciones por los principios y normas pertinentes del derecho internacional”. Señala que “la identificación de principios y directrices que tienen importancia para las negociaciones internacionales podría contribuir a lograr que las negociaciones fueran más previsibles para las partes en la negociación, a reducir la incertidumbre y a promover una atmósfera de confianza en las negociaciones” (Resolución 53/101, 1998).

La Resolución 53/101 continúa *reafirmando* los principios de Derecho Internacional que tienen importancia para las negociaciones internacionales. Ellos son:

a) igualdad soberana de los Estados, b) los Estados tienen la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados de conformidad con la Carta de la ONU, c) obligación de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas, d) abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, e) nulidad de todo tratado obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza, f) el deber de cooperar entre sí de los Estados, g) arreglo pacífico de las controversias. (1998).

Finalmente, la Resolución de Asamblea General de Naciones Unidas 53/101 de 1998:

Afirma que las negociaciones se deben realizar conforme al Derecho Internacional y los Estados deben ajustarse a las siguientes directrices: a) las negociaciones se habrán de realizar de buena fe, b) deben participar en las negociaciones de manera apropiada, logrando la participación de los Estados cuyos intereses vitales resulten directamente afectados, c) las negociaciones deben ser plenamente compatibles con los principios y normas de Derecho Internacional, d) deben atenerse a un marco previamente establecido, e) procurar un ambiente constructivo.

Lachs, citado por Beltramino, considera que “basadas en el derecho, las negociaciones están destinadas a mantener la norma jurídica y eventualmente a crear nuevas normas jurídicas” (Beltramino, 1996, p. 21). Las resoluciones de la

Asamblea General de la ONU no son obligatorias y la Resolución 56/101 no es la excepción. Además, no hay prueba que haya generado o que declare costumbre internacional en su totalidad, salvo en la referencia a la buena fe como rectora de las negociaciones; no obstante, es una guía para la regulación de conductas en esta área.

V. La negociación y el principio de buena fe

La buena fe es un principio general del derecho en el sentido del Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La Comisión que redactó el Estatuto de la antecesora de la CIJ consideró entre tales “el principio de la buena fe y de la prohibición del abuso del derecho, el de la cosa juzgada y el principio ‘*lex specialis derogat generali*’” (Verdross, 1976 p. 135). Además, es un principio de derecho internacional por tener base en numerosos tratados y diversos instrumentos jurídicos internacionales.

Se considera que las negociaciones “deben estar presididas por el principio de buena fe” (Pastor Ridruejo, 1994, p. 116). Este es un principio general de derecho que parte “desde el antiguo derecho romano y nos acompaña como principio general del derecho internacional hasta nuestros días” (Cortés González, 2015, p. 63). Así, se puede aseverar que “la buena fe ‘no es menos obligatoria entre las naciones que entre los individuos en el cumplimiento de los acuerdos’ afirmó el árbitro William Day en el caso *Metzger & Co. -1990*” (Barberis, 1994, p. 225).

La buena fe tiene consagración normativa, entre otras, en el Art. 2 .2 de la Carta de las Naciones Unidas que establece “Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en su Preámbulo subraya que “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma de *pacta sunt servanda* están universalmente

reconocidos” y de manera específica, se encuentra en el Art. 26 que señala “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe”.

La Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) ha señalado, en relación con la buena fe, en el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte que los Estados Negociadores “tienen la obligación de comportarse de tal manera que la negociación tenga sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin contemplar modificación alguna” (*North Sea Continental Shelf*, 1969, p. 47).

Se puede distinguir, con respecto a la negociación, tres aproximaciones: desde un punto de vista general, sustantivo y procedimental (Benfeld y Muller, 2018, p. 82) que serán analizadas a continuación.

Una aproximación a la negociación de buena fe en el derecho internacional, desde un punto de vista general, significará:

“Demostrar una razonable consideración por los derechos pretendidos e intereses de todas las partes involucradas en un conflicto, buscando resolver la disputa en términos amigables, claros y definitivos, empleando para ellos todos los medios disponibles a fin de lograr un acuerdo, incluso cuando no existan muchas posibilidades de que la negociación concluya de manera exitosa” (Benfeld y Muller, 2018, p. 82).

Desde el punto de vista sustantivo, negociar de buena fe supone “no excluir de la negociación ninguna de las pretensiones de las partes en conflicto. En tal dirección los Estados han de ser suficientemente sensibles a las aspiraciones, necesidades e intereses de su contraparte” (Benfeld y Muller, 2018, p. 82); pero como también se afirma:

“Negociar de buena fe implica proscribir del ámbito de negociación cualquier elemento que de facto represente un poder de negociación exorbitante de una de las partes; cuestión que probablemente redundaría en la suscripción de un acuerdo manifiestamente injusto” (Benfeld y Muller, 2018, p. 82).

Finalmente, desde un punto de vista procedimental, la negociación de buena fe “supondría no solo tener que negociar, sino la de manifestar una voluntad real

por alcanzar un acuerdo” (Benfeld y Muller, 2018, p. 82). Esta visión será profundizada en el próximo punto.

VI. La obligación de negociar de buena fe

Se ha señalado que “no existe en el Derecho Internacional Público una definición clara sobre la obligación de negociar de buena fe, por lo tanto, es difícil determinar su naturaleza, contenido y alcance” (Cortés González, 2015, p. 63).

Al respecto son ilustrativos los casos ante la CIJ. En ese sentido, en primer lugar, se puede considerar el asunto sobre *Jurisdicción en materia de Pesquerías* donde se consideró “las negociaciones a realizarse con posterioridad a la decisión debían realizarse sobre la base de la buena fe” (Godio, 2021, p. 509). En segundo lugar, la sentencia sobre el caso de la *Delimitación marítima en el Golfo de Maine* donde se entendió que “era necesario alcanzar un acuerdo observando la buena fe y la genuina intención de alcanzar un resultado positivo entre las partes” (Godio, 2021, p. 509).

Al respecto es ilustrativo el Art. VI del Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares (TNP) que establece:

“Cada Parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional”.

En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre *La legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares* de 1996 ha subrayado que el transcripto Art. VI del TNP reconoce “la obligación de negociar de buena fe” (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, p. 263), y agrega:

“La relevancia legal de dicha obligación va más allá de una mera obligación de conducta; la obligación involucrada aquí es la obligación de llegar a un resultado preciso – el desarme nuclear en todos sus aspectos – mediante la adopción de un comportamiento

determinado, a saber, llevar a cabo negociaciones de buena fe sobre la cuestión” (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, p. 264).

Aquí la Corte Internacional de Justicia realiza una distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado. A primera vista, parece que la CIJ establece una obligación de llegar a un desarme nuclear en todos sus aspectos (obligación de resultado); pero “debe prestarse especial atención al hecho que los Estados por lo general no buscan comprometerse a resultados específicos y prefieren asumir obligaciones de comportamiento” (Moreno, 2019, p. 308). En ese sentido, la opinión consultiva de la CIJ no está libre de críticas.

La división entre obligaciones de resultado y de comportamiento proviene y tiene raigambre en el Derecho Civil y sistema jurídico continental. Esta distinción es ajena al common law. Así, “clásicamente se ha entendido que la obligación de comportamiento supone un despliegue de los mayores esfuerzos para cumplir con la debida prestación, lo cual no supone ninguna garantía de resultado” (Moreno, 2019, p. 294).

En ese orden de ideas, Franzione, citado por Moreno, considera que el ejemplo clásico para graficar este tipo de obligaciones “es la labor desarrollada por los médicos, puesto que su trabajo se cumple únicamente siguiendo la *lex artis*, más no existe compromiso alguno de curar al paciente” (Moreno, 2019, p. 295). Por su parte, las obligaciones de resultado “exigen un estándar más elevado, puesto que no solo basta con el despliegue de los mayores esfuerzos, sino que el resultado debe concretarse en la realidad” (Moreno, 2019, p. 295). En ese orden de ideas, Moreno, citando a Franzione, considera que esta obligación “se encuentra reflejada en el contrato de obra, según el cual se exige una conducta lícita que es necesaria para cumplir con el resultado específico” (Moreno, 2019, p. 295). Esta clasificación puede trasladarse al Derecho Internacional. Por ese motivo:

Para determinar si una obligación de comportamiento ha sido cumplida, es necesario comparar la conducta prescripta con el comportamiento realizado por el Estado.

Por ende, el incumplimiento se configura siempre y cuando exista una acción u omisión que no esté de conformidad con la actuación que se exige, sin importar cualquier otra condición para tal fin” (Moreno, 2019, p. 295).

Al efecto de precisar cuándo una obligación de resultado es vulnerada, Kolb, considera que “un buen ejemplo se configura en el caso de los derechos humanos puesto que, basta que únicamente con que el resultado específico no se cumpla” (Moreno, 2019, p. 298).

A fin de aclarar mejor esta distinción, Dupuy puntualiza:

En las primeras, la prestación consiste en un deber de conducta calificada, que le exige al deudor comportarse en forma prudente o con la debida diligencia; en las segundas, la prestación consiste en efectuar o proporcionar aquello concreto a lo que se comprometió el deudor, sin exigirle una conducta calificada para este fin (López Escarcena, 2016, p. 721).

Así, “por esta razón, mientras que las obligaciones de conducta generalmente determinan con cierta precisión los medios a emplear en su cumplimiento, las obligaciones de resultado dejan al deudor en libertad para elegirlos” (López Escarcena, 2016, p. 721).

La Corte Internacional de Justicia en el Caso de las Papeleras entre Argentina y Uruguay puntualizó, citando una sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso sobre Tráfico Ferroviario entre Lituania y Polonia de 1931, que “una obligación de negociar no implica la obligación de llegar a un acuerdo” (*Pulp Mills on the River Uruguay*, 2010, p. 68).

El tema fue objeto de análisis en el Caso de la Obligación de Negociar un Acceso al Océano Pacífico entre Bolivia y Chile que se sustanció ante la CIJ, López Escarcena sintetiza muy bien a la postura del tribunal internacional en la excepción preliminar del Caso de la Obligación de Negociar, señalando:

“la Corte decidió limitar el objeto de la acción deducida por Bolivia al establecimiento de la existencia y violación de una *obligación de moyens* (‘negociar de buena fe’), descartando la *obligation de résultat* (‘un acceso soberano al Océano Pacífico’) originalmente buscada en su demanda” (*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* 2016, p. 721).

La CIJ, en este caso de Bolivia con Chile recurrió a esta clasificación de las obligaciones “de acuerdo con su contenido para transformar *actio in rem* (‘un acceso soberano al Pacífico’), sobre la cual no tendría jurisdicción, en una *actio in personam* (‘negociar de buena fe’), respecto de la cual sí tendría competencia” (López Escarcena, 2016, p. 721). Así, Bolivia:

“Debe probar no solo la existencia del deber de negociar de buena fe, sino su incumplimiento culposo por parte de Chile. De haber sido una obligación de resultado, en cambio, Bolivia tendría que acreditar la existencia del deber de negociar de buena fe un acceso soberano al Océano Pacífico, sin tener que probar su incumplimiento” (López Escarcena, 2016, p. 721).

En el año 2018, la Corte Internacional de Justicia dicta sentencia final en el Caso de la Obligación de Negociar un Acceso al Océano Pacífico entre Bolivia y Chile desestimando los argumentos de Bolivia con relación a la obligación de negociar. Así, el tribunal en relación con la Declaración de Charaña de 1970, firmada por los Presidentes de ambos países, puntualiza que dicho instrumento jurídico:

Podría ser caracterizado como un tratado si las Partes hubieran expresado intención de verse obligados por ese instrumento o si tal intención pudiera ser inferida de otra manera. Sin embargo, el lenguaje de la Declaración indica que tiene la naturaleza de un documento político que enfatiza la ‘atmósfera de cordialidad y fraternidad’ y ‘el espíritu solidario’ entre los dos Estados. Quienes en la cláusula final deciden ‘normalizar’ sus relaciones diplomáticas. La redacción de la Declaración no refleja la existencia o la confirmación de una obligación de negociar un acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico” (*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean*, 2018, p. 548).

En el mismo caso, la CIJ, en consideración a la Declaración de Algarve, al igual que el comunicado Conjunto de 1 de septiembre del año 2000, señaló:

“Únicamente muestra la voluntad de las partes de iniciar un diálogo ‘sin exclusión alguna’ en una agenda de trabajo a ser definida con el propósito de establecer un clima de confianza entre las partes. Adicionalmente, ni la Declaración de Algarve ni el Comunicado Conjunto contienen referencia al asunto del acceso soberano de Bolivia al Pacífico” (*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean*, 2018, p. 550).

En relación con los acuerdos bilaterales, el Tribunal internacional subrayó que:

“De acuerdo con el Derecho Internacional Consuetudinario reflejado en el artículo 13 de la Convención de Viena, la manifestación del consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido mediante el canje de instrumentos entre ellos requiere que ‘los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto’ o bien que ‘conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto’. La primera condición no puede considerarse cumplida, porque nada fue especificado en las Notas acerca de su efecto. Adicionalmente, Bolivia no ha presentado prueba suficiente de que la condición alternativa haya sido satisfecha” (*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean, 2018, p. 546 – 547*).

La CIJ entendió que ninguna de las fuentes presentadas en el caso contra Chile como ser la Declaración de Charaña de 1970, la Declaración de Algarve, al igual que el comunicado conjunto de 2000, ni los acuerdos bilaterales establecen la obligación de negociar. En ese sentido, la misma debe surgir de manera expresa e indubitable de una fuente formal, y no bastan los indicios o signos de buena voluntad de iniciar una negociación. Se coincide con la dimensión procedimental de la negociación de buena fe que se señaló en el apartado anterior en el sentido de no solo tener que negociar sino expresar fehacientemente la voluntad de llegar a un acuerdo.

El Tribunal internacional de Derecho del Mar tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema en el asunto *Delimitación del Límite Marítimo en el Océano Atlántico* entre Ghana y Costa de Marfil. El Tribunal Internacional analizó las obligaciones establecidas por los Arts 83.1 y 83. 3 de la Convención de Derecho de Mar que establecen la obligación de negociar de buena fe y de no obstaculizar la conclusión del acuerdo definitivo. Al respecto el Tribunal señaló que:

“La obligación en virtud del artículo 83, párrafo 1, de la Convención de llegar a un acuerdo sobre delimitación implica necesariamente negociaciones a tal efecto. La Sala Especial destaca que la obligación de negociar de buena fe ocupa un lugar destacado en la Convención, así como en el derecho internacional general, y que esta obligación es particularmente relevante cuando los Estados vecinos realizan

actividades marítimas en estrecha proximidad.” (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean*, 2017, p. 162).

El Tribunal Internacional agrega que:

“La obligación de negociar de buena fe es una obligación de conducta y no de resultado. Por lo tanto, la violación de esta obligación no puede basarse únicamente en el resultado esperado que por un lado no se está logrando.” (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean*, 2017, p. 162).

En estos puntos, la sentencia del Tribunal Internacional de Derecho del Mar es coincidente con los fallos de la CIJ que se analizaron hasta ahora en el sentido en que es una obligación de comportamiento. Además, como bien sintetiza Arredondo, la Sala Especial del Tribunal “observó que la obligación prevista en el Art. 83.1 de la Convención, tendiente a la obtención de un acuerdo de delimitación marítima, implica necesariamente negociaciones a ese efecto” (Arredondo, 2019, p. 95).

De acuerdo con lo que surge de las sentencias de la CIJ, se puede afirmar que la obligación de negociar tiene su origen en el Derecho Internacional convencional y no en la costumbre internacional y conforme a la letra de los convenios será una obligación de comportamiento o de resultado. La obligación de negociar debe surgir de manera indubitable de la letra de un acuerdo internacional y debe tener como eje el principio de buena fe.

VII. Reflexiones finales

A lo largo de estas líneas se abordó la negociación y se pudo reflexionar desde el punto de vista del Derecho Internacional Público; ya que se encuentra contemplada en numerosos tratados, resoluciones de organizaciones internacionales, y varias decisiones de la Corte Internacional de Justicia se han referido a ella.

En relación a la primera pregunta planteada en la introducción: ¿qué es la negociación internacional y cuáles son sus características? Al respecto, se han visto

distintas definiciones sobre la negociación. A pesar de los años transcurridos, no ha perdido vigor el concepto brindado, hacia 1924, por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso Mavrommatis, que conceptualizó a la negociación como el método legal y regular de administración según el cual los gobiernos, en ejercicio de su incontestable poder, persiguen sus relaciones mutuas, discuten, ajustan y solucionen sus controversias. En ese sentido, se distinguen las dos funciones que primordialmente tiene la negociación en el escenario internacional, que son el método por el cual: a) conducen las relaciones mutuas los gobiernos y b) gestionan la solución de controversias. No lo hace extensible aquí a otros sujetos de derecho internacional.

El paso del tiempo obliga a realizar una nueva precisión. En 1924, el sistema internacional era fundamentalmente un Estado céntrico. En la actualidad intervienen en el sistema internacional otros actores distintos a los Estados. En tal sentido, se debe abrir la definición a otros sujetos de Derecho Internacional. Por ese motivo la negociación debe ser comprendida por otros sujetos que tengan el *jus legationis*.

La negociación evidencia distintas características. Así, comprende un amplio espectro de actividades o comportamientos involucrando y comprometiendo a una gran variedad de actores y sujetos internacionales. En estos comportamientos se destaca la oralidad. En ese orden de ideas, puede tornarse en una herramienta óptima para solucionar las controversias internacionales; ya que permiten a las partes estar en contacto directo entre ellas y pueden aportar rapidez en la gestión de la solución de sus controversias y en la conducción de sus relaciones internacionales. Pueden conducir a fijar y delimitar el objeto y los hechos de una controversia.

Entre los aspectos negativos se considera que hay supuestos en que la balanza de la negociación puede ser inclinada a favor de los Estados o actores

internacionales más poderosos, dejando indefensos a los más débiles. Es justamente aquí donde el derecho debe cobrar importancia.

Avanzando hacia la segunda pregunta formulada en la introducción: desde el punto de vista del Derecho Internacional Público ¿está regulada? Se señaló que algunos autores se han referido a la aparente “ajuridicidad” de la negociación; no obstante, a ésta la encontramos en la Carta de la ONU, Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas de 1961, Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969 y varias Resoluciones de Asamblea General de la ONU. En ese sentido, la amenaza o el uso de la fuerza no pueden estar presentes en una negociación diplomática. No se puede amenazar o usar la fuerza; ya sea contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas, ni tampoco en la celebración de un tratado. Se subraya siempre el carácter pacífico de una negociación.

La buena fe entre las Partes es un principio rector en las negociaciones internacionales que implica la obligación de comportarse de tal manera que la negociación tenga sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin contemplar modificación alguna. Por lo tanto, el principio de buena fe es el eje en torno al cual gira la negociación internacional en su regulación jurídica y el cimiento sobre el que se apoya.

Finalizando, la tercera pregunta: ¿Existe la obligación de negociar de buena fe? Al respecto, se puede concluir que se torna difícil determinar su naturaleza, contenido y alcance. La jurisprudencia internacional ha realizado una distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado en consideración a la obligación de negociar. Así, la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado en opiniones consultivas o casos contenciosos que le han sido sometidos. Esta distinción es propia de los sistemas jurídicos de base romanista y no pertenece al common law.

Las obligaciones de medios o de conducta consisten en que las Partes en la negociación deben comportarse de manera prudente o con la debida diligencia; mientras que en las de resultado, las Partes deben proporcionar o efectuar aquello a lo que se comprometieron, sin exigirle una conducta especial o calificada para lograr este fin. Así, en las obligaciones de comportamiento generalmente se determina con precisión los medios que se van a emplear en su cumplimiento, mientras que en las obligaciones de resultado se deja librado a las Partes la libertad para elegirlos.

De acuerdo con las decisiones de la Corte Internacional de Justicia analizadas, se puede concluir que la obligación de negociar tiene su origen en el derecho internacional convencional; no así, en la costumbre internacional. No basta una simple invitación a negociar, indicios o buena voluntad para negociar. Integra la dimensión procedimental de la negociación de buena fe, o sea, no solo tener que negociar sino alcanzar un acuerdo formal entre las partes. Así, se concluye que la obligación de negociar forma parte del derecho internacional particular y no del derecho internacional general.

Para finalizar estas reflexiones, se debe tener presente a la Resolución 53/101 de Asamblea General de la ONU adoptada el 8 de diciembre de 1998 sobre “Principios y Directrices para las Negociaciones Internacionales”, que brinda un marco jurídico de referencia, que en su Preámbulo señala “los Estados se deben guiar en sus negociaciones por los principios y normas pertinentes del derecho internacional”.

Referencias bibliográficas

ARMAGNAGUE, Juan Fernando (2018). *Derecho Internacional Público*, Astrea, Buenos Aires.

- ARREDONDO, Ricardo (2019). La negociación como método de solución de controversias internacionales. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 17(1).
- ARREDONDO, Ricardo (2016). *Derecho Diplomático y Consular*. Abeledo Perrot.
- BARBERIS, Julio A. (1994). *Formación del Derecho Internacional*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- BELTRAMINO, Juan Carlos María (2004). *La Ejecución de lo Acordado en la Negociación Internacional*. Instituto de Servicio Exterior de la Nación. Nuevo Hacer. Grupo Editor Latinoamericano.
- BELTRAMINO, Juan Carlos María (1996). *Negociación Internacional y Derecho*. Documentos de Trabajo. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina, Instituto de Servicio Exterior de la Nación.
- BENFELD, Johann; y MULLER, Karl (2018). ¿Qué significa en el ámbito del Derecho Internacional Público estar obligado a negociar de buena fe? Precisiones conceptuales y posición de la Corte Internacional de Justicia en esta materia, a propósito del rechazo de la objeción preliminar presentada por Chile ante dicha Corte con ocasión de la demanda boliviana de 2013. *Revista Ius et Praxis*, 24 (1), pp. 69 – 99.
- BUSTAMANTE, Tamara Luciana y FERNÁNDEZ, Florencia Mariel (2021). Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South – Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union), Ordenes 2000 – 2009. En LABORIAS, Alexis Rodrigo y GODIO Leopoldo M. *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de Derecho del Mar*. Aldina Editorial Digital..
- CORTÉS GONZÁLEZ, Paula (2015). La obligación de negociar de buena fe en el Derecho Internacional: una reflexión a la luz del fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre la excepción preliminar opuesta por Chile en la demanda boliviana sobre la obligación de negociar una salida al Océano Pacífico. *Revista Tribuna Internacional*. 4 (8), pp. 61 – 70.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, (2010). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos.
- GODIO, Leopoldo M. A. (2021). El proceso negociador en el derecho internacional contemporáneo: de la elaboración de acuerdos a la solución de controversias internacionales. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata, 18(51), pp. 495 - 525.

- JACKSON, Richard, (2000). Successful Negotiation in International Violent Conflict. *Journal of Peace Research*, 7 (3), pp. 323 - 343.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2016). El Asunto de la Obligación de Negociar un Acceso al Océano pacífico. Comentario de la Decisión sobre la Excepción Preliminar de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 24 de septiembre de 2015. *Revista Chilena de Derecho*, 43 (2), pp. 713 - 732.
- MERLE, Marcel, (1991). *Sociología de las Relaciones Internacionales*. Alianza Editorial.
- MERRILLS, John (2011). *International Dispute Settlement*. 5th Edition. Cambridge University Press.
- MORENO, Antonino, (2019). La obligación de negociar en el Derecho Internacional: un análisis a la luz de la clasificación de las obligaciones de comportamiento y de resultado. *Agenda Internacional*, 26(37), pp. 293 - 311.
- MURTY, Bhagevatula Satyanarayana (1985). Solución de Controversias. En SORENSEN, Max (Ed.) *Manual de Derecho Internacional Público*. FCE, pp. 627-680.
- OSMAÑCZYK, Edmund Jan, (1976). *Enciclopedia Mundial de las Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*. Fondo de Cultura Económica.
- PASTOR RIDRUEJO, José (1994). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos.
- PEARSON, Frederic, ROCHESTER, Martín, (2000). *Relaciones Internacionales. Situación Global en el Siglo XXI*, Traducción R. Jaramillo Arango y Revisión Técnica J. Vidal Casanova. McGraw Hill.
- REMIRO BROTONS, Antonio (2007). *Derecho Internacional*. Tirant Lo Blanch.
- SHAW, Malcolm (2017). *International Law*, Eight Edition. Cambridge University Press.
- VERDROSS, Alfred (1976). *Derecho Internacional Público*. Aguilar S.A.
- VILARIÑO PINTOS, Eduardo (2016). *Curso de Derecho Diplomático y Consular*. Quinta Edición. Tecnos.

Documentos

- DE MIGUEL, Bernardo (2019). Bruselas y Londres elevan el nivel de las negociaciones para intentar evitar un Brexit salvaje. *El País*.
- LIOTTI, Jorge (2020). De la cortesía europea a una negociación sin red. *La Nación*.
- VIDAL LIY, Macarena. Corea del Norte anuncia la suspensión de las negociaciones nucleares con EE. UU. *El País*.

Los juicios políticos durante la Confederación Argentina. Debates y experiencias en el Congreso Nacional

Impeachments during Argentine Confederation. Debates and
experiences in National Congress

 **Ana Laura Lanteri**

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) / INHUS-CEHis-
Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP)
analaurlanteri@gmail.com

Resumen: El objetivo de este artículo es analizar las formas y sentidos en que el Congreso Nacional que sesionó en Paraná, capital de la Confederación Argentina, tramitó las solicitudes de juicio político. Interesa recuperar esta experiencia para aportar al conocimiento del proceso de conformación, funcionamiento y legitimación del sistema político durante esta etapa. Ya que al momento dichos juicios políticos no han sido considerados en detalle ni en forma conjunta como se propone. Pese a la singularidad de que entre 1853 y 1860 los gobernadores fueron sujetos a acusación, tanto en lo estipulado por la constitución nacional hasta la reforma de 1860 como en la mayoría de los casos atendidos. A la par, se pretende contribuir a la actual revisión acerca del protagonismo del poder legislativo en la edificación estatal decimonónica latinoamericana así como, subsidiariamente, a la historicización del Derecho Parlamentario.

Palabras clave: JUICIOS POLÍTICOS; CONFEDERACIÓN ARGENTINA; CONGRESO NACIONAL

Abstract: This article examines the forms and meanings in which the National Congress settled in Paraná, capital of the Argentine Confederation, processed the requests for impeachment. We consider of vital importance to recover this experience in order to contribute to the knowledge of the process of conformation, functioning and legitimization of the political system during this stage, since such impeachments have not been considered in detail or as a whole as it is proposed. Despite the singularity that between 1853 and 1860 the governors could be accused, as stipulated the national constitution until the reform of 1860 and also occurred in the majority of the cases attended. Also, we try to contribute to the current review of the role of the legislative power in State Formation in Nineteenth-century Latin America as well as, subsidiarily, to the historicization of Argentine Parliamentary Law.

Keywords: IMPEACHMENT; ARGENTINE CONFEDERATION; NATIONAL CONGRESS

Fecha de recepción: 28/09/2023

Fecha de aceptación: 20/03/2024



Los juicios políticos durante la Confederación Argentina. Debates y experiencias en el Congreso Nacional

Ana Laura Lanteri*

I. Introducción

La derrota de Juan Manuel de Rosas en la batalla de Caseros a inicios de 1852 marcó un hito en la historia argentina. Buenos Aires negó su unión con las demás provincias en un nuevo orden político, por lo que convivieron dos Estados en el territorio de las ex Provincias Unidas del Río de la Plata, el de Buenos Aires y el de la Confederación Argentina. Entre septiembre de 1852 y diciembre de 1861, cuando Buenos Aires derrotó a esta última en la batalla de Pavón, ambos Estados lucharon por consolidar sus estructuras económicas y político-institucionales y por obtener la unidad y la supremacía nacional.

La constitución nacional sancionada en 1853 fue el marco jurídico que surgió como la materialización de la posición de las provincias. La república representativa y federal reposó en un equilibrio teórico entre un poder ejecutivo con amplias atribuciones pero sin posibilidad de reelección, un poder judicial y un poder legislativo bicameral. Específicamente, en el Congreso se plasmaría el

* Agradezco las sugerentes observaciones realizadas por las/os evaluadoras/es anónimos de la revista.

ejercicio de las soberanías particulares provinciales en el marco de la soberanía indivisible del Estado nacional. El Senado representaba a las elites provinciales mientras que la soberanía popular quedaba expresada en la Cámara de Diputados¹.

En este sentido, una de las líneas principales de mi agenda investigativa refiere al Congreso que sesionó en Paraná, como una institución clave para examinar el proceso general de conformación, funcionamiento y legitimación del sistema político de la Confederación Argentina (entre otros, Lanteri, 2011b y 2015a; Piazzzi y Lanteri, 2019). En este contexto, este artículo tiene como objetivo analizar las formas y sentidos en que el Congreso tramitó las solicitudes de juicio político. Durante esta etapa el juicio político tuvo la singularidad de incluir a los gobernadores provinciales entre los sujetos de acusación, que fue eliminada por la reforma de constitucional de 1860. Entre 1854 y este último año, cinco de los seis casos que se encaminaron en el juicio político involucraron a gobernadores. Por lo que es de interés recuperar esta experiencia para continuar aportando al conocimiento de las dinámicas de institucionalización estatal en la Confederación Argentina, ya que al momento dichos juicios políticos no han sido considerados en detalle ni en forma conjunta.

A la par, se aspira a contribuir al actual interés y revisión historiográfica acerca del protagonismo de las asambleas legislativas y el rol de los parlamentarios en la edificación estatal y en la vida política republicana decimonónica de América Latina (entre otros, Irurozqui (coord.), 2020). Especialmente, nos orientan aquí algunas claves analíticas y metodológicas de los estudios de García Garino (2015) y de Cucchi (2021) sobre las controversias generadas a raíz del juicio político en la Legislatura de la provincia de Mendoza y del estado de sitio en diversos ámbitos nacionales de discusión pública

¹ Las trece provincias nucleadas en la Confederación Argentina se encontraron así ante el dilema de pensarse y organizarse como un nuevo Estado. Como examinó Chiaramonte (entre otros, 1993), esta situación implicó cambiar la índole de sus poderes, tras haber actuado por más de treinta años como unidades políticas autónomas, que sólo habían delegado en Buenos Aires las funciones relacionadas con el ejercicio de la representación externa; por lo que el período es conocido como Confederación Argentina pese a haberse conformado un Estado federal. El carácter representativo y la división de poderes fueron entonces principios jurídicos vertebrales del nuevo poder central. Los condicionamientos económicos y de edad, las fuentes de legitimidad y la duración de los cargos difirieron entre senadores y diputados nacionales. Entre 1854 y 1861 sesionó el Congreso en Paraná, la ciudad capital, con representantes de las trece provincias.

respectivamente, en las décadas siguientes a la examinada. Entre otras cuestiones de nuestro interés, las autoras enfatizan la manera en que los debates que atienden afectaron tanto la *praxis* legislativa como rasgos generales del sistema político, como el esquema federal y la división de poderes. Al tiempo que ponen en relieve la resolución práctica de diversas situaciones conflictivas, en virtud de las ambigüedades y las generalidades normativas (García Garino, 2015, p. 11 y Cucchi, 2021, p. 23 y 25).

Finalmente, y en forma subsidiaria, se destaca la relevancia de avanzar con aproximaciones como la aquí desarrollada en la historización del Derecho Parlamentario argentino. En tanto “parte del Derecho Constitucional que estudia la organización, la constitución, el funcionamiento, los procedimientos y las competencias del Congreso” así como las prerrogativas de sus integrantes (Gentile, 2008, p. 28-29).

El texto se estructura en dos núcleos. En el apartado II se realiza un repaso sobre el juicio político en el diseño constitucional y se recuperan las representaciones de algunos políticos e intelectuales contemporáneos, así como de las sucesivas décadas, sobre el devenir de dicho instrumento. Luego de esta contextualización problemática, en el siguiente apartado se exploran las diversas percepciones sobre el juicio político y los procedimientos ensayados por los legisladores en los casos elevados al Congreso². En especial, la parte III.2 aborda aquellos casos en que el juicio político se intersectó con los privilegios parlamentarios. Esta distinción sólo es a los fines de complementar el análisis, en tanto algunos legisladores involucrados apelaron a dichos privilegios y animaron con ello intercambios acerca de la independencia y el decoro inherentes a los mismos, mientras también eran observadas las cualidades del juicio político. De manera que se apunta entonces a considerar a los debates legislativos en el marco del funcionamiento efectivo de la división de poderes y de las visiones sobre el

² La óptica escogida no considera el estudio de los casos en el marco de los conflictivos contextos políticos provinciales, sino que privilegia los debates legislativos generales sobre el juicio político. Sobre la política en la década de 1850 pueden consultarse, entre otras obras, las de Scobie (1864), Sabato (2012) y Míguez (2021), quien en particular integra y atiende la situación de cada una de las provincias de la Confederación Argentina.

sistema federal. Al igual que en consonancia con la especialización de funciones parlamentarias, dado que se pusieron en discusión los alcances y límites del rol, labor e inmunidades.

Para ello, nos servimos de bibliografía actualizada y de dos *corpus* documentales. Por una parte, de la compilación de actas legislativas de los años 1854-1861 de Silva (1939 y 1942), cuyas coordenadas resultaron además fundamentales. Por otra, de algunas Tesis sobre juicio político presentadas para obtener el título de Dr. en Jurisprudencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, así como de otros escritos de contemporáneos, realizados entre la segunda mitad del siglo XIX e inicios del XX.

II. El juicio político en el diseño constitucional argentino y en los escritos de algunos contemporáneos

Recientemente Cucchi, Polastrelli y Romero (2020) han brindado un interesante cuadro analítico de síntesis sobre el problema del control del poder en el siglo XIX argentino, considerando los “diversos arreglos institucionales” y “las prácticas” ensayadas tanto para reconcentrar el poder político fragmentado a raíz del proceso revolucionario y asegurar la gobernabilidad, como para limitar su potencial uso arbitrario. En ese marco, destacan a la distribución territorial del poder y a la división de poderes como preceptos cardinales para poner freno al poder ejecutivo, creado en reemplazo de la soberanía monárquica. Como se anticipó, con la sanción de la constitución nacional en 1853 la mayoría de los problemas relativos a la dimensión territorial fueron resueltos al integrarse las provincias en un Estado de tipo federal. Mientras que la división entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial que habían adoptado las provincias en la primera mitad del siglo fue prescripta en la esfera nacional, anexándose además el sistema de frenos y contrapesos (síntesis de Cucchi, Polastrelli y Romero, 2020, p. 60-61 y 63-64).

Las diversas ramas de gobierno asumieron funciones para equilibrar así las de las restantes y el juicio político operó en este sentido para efectivizar la

responsabilidad de las autoridades. Según afirman dichas autoras, tras la crisis abierta en 1808 con el vacío de poder que supuso la ocupación napoleónica de la península, uno de los desafíos había sido el de tramitar las posibles acusaciones contra las nuevas autoridades, ya que el monarca no podía ser juzgado pese a tener la atribución de juzgar. Diversos procedimientos fueron entonces ensayados en Hispanoamérica, siendo la rehabilitación del juicio de residencia del período hispánico uno de los primeros en adoptarse. En el Río de la Plata, el mismo se mantuvo con algunas transformaciones durante la década revolucionaria y fue sustituido mediante las constituciones de 1819 y 1826 por un “mecanismo cercano” a lo que luego se definió en 1853 como juicio político (síntesis de Cucchi, Polastrelli y Romero, 2020, p. 65-66 y Polastrelli, 2017, p. 2 y 12). Como también indican las historiadoras sobre su devenir:

“los principios que transformaron de manera radical su esencia fueron la adopción del modelo del *impeachment* norteamericano (fortaleciéndose así el poder de acusación de oficio y de control de las cámaras) y la limitación del contenido de las imputaciones al plano de la conducta política de los enjuiciados y su especificación en reglamentos y constituciones. De esta manera, el nuevo mecanismo debía ser iniciado cuando se presumía la existencia de un delito, en lugar de ejecutarse regularmente como ocurría con la residencia” (Cucchi, Polastrelli y Romero, 2020, p. 66).

De hecho, la constitución de 1819 estableció que el derecho de acusar correspondía a la Cámara de Representantes y la acusación podía iniciarla ésta de oficio o a instancia de cualquier ciudadano³. Mientras que las personas sujetas a acusación respondían a los diversos poderes que la constitución normaba. La constitución de 1826, a diferencia, introdujo reformas en el número, ya que se redujo al presidente y sus ministros, a los miembros de ambas cámaras legislativas y a los de la alta corte de justicia. Por lo demás, mantuvo en varios puntos lo estipulado en 1819: la jurisdicción parlamentaria para acusar y enjuiciar, la exigencia del voto de las dos terceras partes de los senadores para condenar y la limitación de los efectos de la sentencia a la separación del empleo; quedando

³ Según Levaggi (2013, p. 27) la constitución de 1819 reemplazó al juicio de residencia por el juicio político, “de origen angloamericano”, que desde entonces adoptaron las fuentes nacionales y varias de las provinciales, siendo la primera entre éstas la constitución tucumana de 1820.

sujeto el condenado a la acusación, juicio y castigo conforme la ley. Asimismo, en cuanto a los delitos que fundaban la acusación al igual que en 1819 se consideraba a aquellos que estuvieran previstos y penados, aunque se incluyó como agregado “por violación a la constitución, particularmente en lo concerniente a los derechos primarios de los ciudadanos” (Gallo, 1897, p. 216-217; Carranza, 1902, p. 56).

La constitución nacional de 1853 estableció definitivamente el moderno juicio político y se sirvió para ello de los antecedentes de 1819 y, especialmente, de 1826⁴. Siguiendo la jurisprudencia pautada en la constitución de Estados Unidos, la Cámara de Diputados en tanto representaba la soberanía popular, ejerció el derecho de acusar ante el Senado. Era requerida la mayoría de dos tercios de los presentes, tanto para la formación de causa por los diputados como para el juzgamiento por parte de los senadores que, como en 1826, no tenía otro efecto que la destitución y la declaración de inhabilidad política y dejaba libre a la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Estrada, 1902, p. 268; Pereyra, 1912, p. 80-82 y 90)⁵. Por su parte, las causales del juicio político también se asemejaron a las de 1826. El artículo 41 estipuló la posibilidad de acusar a la Cámara de Diputados a petición de parte o de alguno de sus miembros por los “delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución, u otros que merezcan pena infamante o de muerte”, pero se introdujo una reforma clave en relación con los actores. Junto al presidente, vicepresidente (cargo de reciente creación constitucional) y ministros, los miembros de ambas cámaras legislativas y de la Corte Suprema de Justicia, los gobernadores de provincia también podrían ser enjuiciados.

En 1826 y a diferencia de 1819 ello había sido desestimado, en tanto podía ofender las autonomías provinciales (Pereyra, 1912, p. 82) pero en 1853 en la

⁴ Sobre el proceso constituyente en la primera mitad del siglo XIX, entre otros, Annino y Ternavasio (2012); Ternavasio(2009); Chiaramonte (1993).

⁵ Por lo que en 1853 al igual que en 1819 y 1826, se confería al Senado el poder de declarar incapaces a los acusados, dejando a los tribunales la aplicación de la pena. Según Pereyra (1912, p. 90), “sabios constitucionalistas norteamericanos” como Jefferson y Madison recomendaban dicha división entre diputados y senadores entre los poderes de acusar y juzgar, dado que el Senado se integraba de “hombres maduros elegidos entre los más sabios”.

discusión del Congreso General Constituyente el asunto tomó nuevamente forma⁶. El proyecto inicial de la comisión redactora no incluía a los gobernadores y fue el convencional Martínez quien planteó la adición, dado que no se indicaba la autoridad competente para juzgarlos por sus faltas o delitos. A su entender, las Legislaturas se conformaban principalmente con personas a sueldo o adeptas a los gobernadores, por lo que no podría hacerse efectiva ni su responsabilidad ni su destitución. Considerando entonces la experiencia previa a 1852 de gobernadores con amplias facultades, la sociedad podría petitionar ante el Congreso que sí le garantizaría un freno a los abusos de poder.

Por su parte, Gorostiaga en tanto miembro informante de la comisión redactora, refutó a Martínez afirmando que el Congreso sólo era superior a las Legislaturas en los denominados “negocios nacionales”, lo que no aplicaba al caso, correspondiente en cambio a negocios internos de las provincias. Finalmente, la votación de la mayoría a favor de la propuesta de Martínez se orientó por el apoyo de Zavalía. Éste argumentó que la soberanía federal era condición y no limitación de la provincial. En el mismo sentido que la intervención federal o la capacidad revisora de las constituciones provinciales, el juicio político de los gobernadores por el Congreso concordaba con un modelo de federación centralizada, única posible en un contexto ausente a su entender de tradición republicana. De manera que la adaptación del modelo de Estados Unidos era lo más afín al sistema federal que la constitución instituía (Negretto, 2013, p.144).

En efecto, como ha examinado Zimmermann (2014) el debate sobre su utilidad formó parte desde entonces de las discusiones más generales sobre la naturaleza del federalismo y fueron diversas sus adaptaciones y circulaciones. El “modelo norteamericano” era lo “suficientemente flexible” como para justificar propuestas de carácter muy variado, acordes a un contexto donde también eran múltiples y complejas las vinculaciones entre el gobierno central y los poderes

⁶ Interesa señalar que la provincia de Buenos Aires no envió representantes al Congreso General Constituyente y, como es sabido, rechazó la constitución de 1853. Los convencionales de 1853 podían representar a provincias distintas a las de su nacimiento. Por caso Martínez era un cordobés que representó a La Rioja en 1853 y luego en el Congreso de Paraná fue senador por Córdoba. Hemos aportado al estudio de la representación política en vinculación al proceso de conformación de una dirigencia nacional en Lanteri, 2011 b.

provinciales; según ha mostrado la historiografía argentina de las últimas décadas sobre la edificación del orden político entre 1852 y 1880 (Zimmermann, 2014, síntesis de p. 3-5).

Éstas y otras revisiones actuales suman complejidad sobre la práctica de la Convención porteña de 1860, que tuvo lugar tras la victoria de la Confederación en la batalla de Cepeda y la firma del Pacto San José de Flores. Así, se ha advertido que no fueron sustanciales las modificaciones a lo aprobado en 1853 al igual que se focalizó en el peso del pragmatismo y del contexto político-institucional de los debates, más que la inclinación por el modelo constitucional norteamericano o teóricos del federalismo (Leo y Gallo, 2015, p. 44; Aramburo, 2021; Míguez, 2018). Al tiempo que, más allá de esos fundamentos estratégicos de Buenos Aires para respaldar su integración a la Confederación Argentina, se ha enfatizado en la expresión soberanía provincial en tanto un “elemento incuestionable del léxico constitucional” (Agüero, 2014, p. 361). Según Agüero (2014, p. 358 y 361), en el marco de 1853 “primaría una concepción dual de la soberanía que, además de los arraigos tradicionales, resultaba avalada por el modelo norteamericano”, mientras que algunas reformas al texto realizadas en 1860 se fundamentaron en correcciones respecto del mismo. Lo que remite a lo afirmado por Zimmermann (2014, p. 7-8) acerca de que en 1853/1860 y posteriormente, las instituciones norteamericanas fueron selectivamente interpretadas en una manera *ad hoc*, sensible a las circunstancias particulares de cada momento⁷. Por lo que, en 1860 en términos normativos, la tendencia general se orientó a calibrar la situación relativa de los poderes provinciales frente al poder del Estado nacional.

Entre los diversos tipos de enmiendas, algunas tuvieron la intención de perfeccionar el diseño institucional, demarcando con mayor precisión las funciones de los poderes públicos y cercenando algo el presidencial (Míguez, 2018, p. 162-164). En este sentido, se han considerado las variantes al perfil y labor de los ministros nacionales, así como a la amplitud de las intervenciones federales y la

⁷ En el marco de la reforma de 1860 Zimmermann (2014, p. 7-8) señala el ejemplo de Nicolás Calvo, opositor a las tendencias separatistas porteñas y traductor de la obra de Story, a la que consideraba la “mejor expresión de las virtudes del federalismo de los Estados Unidos que debía ser tomado como modelo”.

supresión de la capacidad revisora sobre las constituciones provinciales (entre otros, Nicolini, 2021; Cucchi y Romero, 2017; Lanteri, 2015a). Lo sucedido con el juicio político también puede encuadrarse en este tipo de enmiendas.

A entender de los convencionales porteños, pese a su importancia, el artículo 41 era un “tejido de incongruencias y errores” por no haberse comprendido “el carácter y objeto” de los juicios “confundiéndose los crímenes de un carácter puramente político y el mal desempeño de las funciones del empleo de los acusados ante el Senado, con los crímenes ordinarios que son los que merecen pena infamante o de muerte”⁸. Por ende, por el nuevo artículo -que pasó a ser el número 45- se modificaron las causales de enjuiciamiento. La Cámara de Diputados podía acusar “por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes”. Igualmente, se incluyó entre los judiciales a los miembros de los tribunales federales en cualquiera de sus jerarquías -es decir, no sólo a los de la Corte Suprema como en 1853-, al tiempo que quedaron exceptuados los integrantes de ambas cámaras del Congreso y los gobernadores.

Tanto en lo respectivo a la causal de mal desempeño como a la exclusión de los gobernadores se siguió la referencia norteamericana (Rawson, 1870; Echenique, 1874, p. 12-13 y 15; Gallo, 1897, p. 226-228)⁹. Respecto de estos últimos se sostuvo que no eran funcionarios federales. Mientras que, como cada cámara tenía jurisdicción en su seno podía despojar a los legisladores de su autoridad e inmunidades, por lo que se sostuvo que la separación entre acusación y decisión en Diputados y Senado de 1853 colisionaba con ese principio constitucional. Claro que también dichas enmiendas y retórica se explican por las garantías que, según se anticipó, Buenos Aires buscaba obtener en su proceso de incorporación a la nación: así se evitarían tensiones con sus legisladores y se

⁸ En este sentido se afirmaba la necesidad de estudiar la “filiación del error” de la constitución de 1819. Tanto la constitución de Buenos Aires de 1854 como la de la Confederación consideraban entonces sólo la violación abierta a sus artículos y los grandes crímenes (Ravignani, 1937, p.778).

⁹ Según Estrada (1902, p. 266) a diferencia de Argentina, en Inglaterra todos los funcionarios podían ser enjuiciados y castigados “con toda clase de penas” y en Estados Unidos todos los funcionarios civiles.

abonarían a su autonomía si sus máximos mandatarios no eran juzgados por un “poder soberano” pero de “distinta representación política a la del origen de su autoridad” (Romero, 1902, p. 190; Pereyra, 1912, p. 82-83)¹⁰.

Como se advierte por las referencias citadas, para este breve repaso sobre el devenir del juicio político en el diseño constitucional me serví tanto de bibliografía actualizada como de escritos de las décadas siguientes a la de 1850. En efecto, en un sentido similar a lo que examinaré respecto de la Confederación Argentina, entre 1862 y 1880 en diversos ámbitos de discusión pública se sucedieron debates y ensayos en torno a la delimitación práctica de las atribuciones de la nación y las provincias y acerca del funcionamiento de la división de poderes. Como ha sido destacado, la coexistencia teórica de soberanías nacional y provincial desde 1853 no solucionó el reparto efectivo de poder por lo que la tensión centralización-descentralización predominó, afectando las concepciones sobre el Estado. Al tiempo que el marco de significados diversos del principio de división de poderes habilitó alternativas para su organización e interacciones, siendo permanente el reajuste de funciones entre el ejecutivo y legislativo. Entre fines del siglo XIX y principios del siguiente y particularmente hacia el cambio de siglo, se produjeron también nuevos diagnósticos sobre el acontecer y los desafíos político-institucionales del país (síntesis de Sábato, 2020, p. 36-37; Ternavasio, 2017, p. 9 y 31; Cucchi, Romero y Polastrelli, 2020, p. 63; Alonso y Bragoni (eds.), 2015).

En este marco, el juicio político fue examinado, por ejemplo, por los tesisistas en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que constituía una institución cardinal de producción intelectual (Pollitzer, 2020). Algunas de estas Tesis, como las de Rawson (1870), Echenique (1874), Gallo (1897) y Carranza (1902) aportaron entonces, entre otras cuestiones, una detallada reconstrucción de los antecedentes en materia de juicio político –con transcripciones de artículos y comparaciones entre los textos- hasta la reforma de 1860 que recuperamos. Dicho ejercicio operó, asimismo, para trazar un balance negativo de su influjo a partir de

¹⁰ En septiembre de 1860 una Comisión Nacional *ad hoc* se reunió en Santa Fe para considerar las reformas propuestas por Buenos Aires y la amplia mayoría, incluyendo la relativa a juicio político, fueron aprobadas.

la sanción de la carta de 1853. Tanto estos tesisistas como otros intelectuales contemporáneos, coincidieron en este sentido en reivindicar al juicio político como un instituto republicano clave para controlar a las autoridades y efectivizar su responsabilidad frente al pueblo, pero infructuoso en su implementación práctica.

En consecuencia, los escritos producidos desde 1862 admiten en este artículo una exploración retrospectiva y proyectiva. Por una parte, permitieron dar un panorama de los principales rasgos del juicio político durante la Confederación Argentina -y en general desde las primeras décadas posrevolucionarias-. Por otra, informan sobre la impronta y las lecturas que este instituto tuvo desde 1853.

En 1897, por ejemplo, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales considerando a la entrega de premios como una instancia para vehiculizar “mecanismos e instituciones adecuados para hacer efectivo el gobierno representativo”, decidió incentivar el examen del juicio político mediante un concurso que ganó Gallo (Pollitzer, 2020, p. 6). Éste contabilizó que, con relación a la alta conflictividad política de esas décadas, hasta entonces se habían producido solamente dos juicios políticos en el ámbito nacional a miembros del poder judicial -ninguno al poder ejecutivo- y unos escasos “diez o quince” en el plano provincial (Gallo, 1897, p. 240-241).

Como ha examinado Pollitzer (2020, p. 4), dicho “fracaso” era explicado por Gallo y otros pares por razones diversas en cada Tesis, que a la vez proponían alternativas de solución. Tales como, entre otros, su utilización con fines partidistas, la imprecisión de la letra constitucional acerca de los delitos que entablaban las acusaciones y la falta de un ámbito legislativo y una opinión pública vigorosos en el primer caso y la necesidad de fortalecer la jurisdicción de ambos o de crear tribunales especiales en tanto medidas a desarrollarse (Pollitzer, 2020, p. 4 y 12-13). Otros estudiosos opinaban también que el juicio político a los gobernadores suspendido en 1860 debía restituirse y/o reivindicaban los fundamentos jurídicos de Vicente Quesada en materia de juicio político publicados un año después (Echenique, 1874; Pereyra, 1912).

Lo que nos permite volver la mirada sobre el período en estudio. Durante la Confederación Argentina, Quesada en tanto diputado nacional entre 1856 y 1861,

participó de los juicios que examinamos. Titulado en abogacía en la Universidad de Buenos Aires en 1849, había cumplido también funciones diplomáticas a inicios de los '50 e integrado algunos emprendimientos periodísticos y en febrero 1861 fundó y dirigió la "Revista de Paraná" editada por la imprenta oficial nacional¹¹. En sus columnas publicó un extenso estudio sobre el juicio político al que, acorde con el espíritu de la revista que apuntaba a distanciar las disciplinas literarias y científicas de la coyuntura política y la prensa facciosa (Buchbinder, 2012, p. 81-82), apreciaba como suplementario a la "brevedad" y "aplicación a casos" del debate parlamentario. El objetivo de sus apuntes era, por ende, recopilar doctrinas y estimular a la vez a otros para que produjeran nuevos escritos, a los fines de "trazar una regla fija" en "una materia tan interesante a las libertades del pueblo como al honor y garantías de sus delegados" y "tan esencial de nuestro derecho constitucional" (Quesada, 1861 a, N° 1 p. 44 y N° 5 p. 300)¹².

Aunque Quesada continuó como legislador, intelectual y diplomático luego de 1862, al momento de este escrito afirmó no contar con otras referencias en el plano nacional que lo desarrollado desde 1853. Sabemos que mediante su correspondencia personal buscó orientarse además en el acontecer de otras latitudes americanas aparte de Estados Unidos, ya que afirmó contar con mayores datos sobre dicho país y Europa. Por ejemplo, entre fines de 1860 e inicios de 1861 mantuvo un intercambio con el Cónsul General de la República Argentina en Chile Gregorio Béeche, quien además era uno de los bibliófilos de más influencia en los círculos culturales sudamericanos en los que Quesada se iba haciendo un lugar (Buchbinder, 2012, p. 83).

Béeche se manifestó interesado en el asunto y le envió las pocas referencias que había recabado y tenía entre su biblioteca, dado que el juicio político era a sus ojos una "novedad para los estados americanos": unos pocos ejemplos en Bolivia y Nueva Granada, intentos en Perú "aplacados por golpe de autoridad o no apoyados", un caso en Chile en 1832 contra el presidente; a lo que sumaba algunas

¹¹ Sobre la "Revista de Paraná" y el itinerario de Quesada ver Buchbinder (2012) y Eujanian (2012).

¹² Su preocupación por lo que definió como una "educación republicana" se complementó también en algunas columnas periodísticas como por ejemplo en una carta abierta en la que expuso su labor parlamentaria de 1859. "El Nacional Argentino", Paraná, 9 y 10/12/1859.

obras de comentaristas a la constitución chilena de 1833 y de principios de Derecho Administrativo, con la esperanza de que le fueran de utilidad (Quesada, 1861 b, p. 49 y 51-52). Quesada incorporó en un capítulo de su escrito de 1861 varios de esos antecedentes y en otros trazó una síntesis sobre la experiencia de la Confederación Argentina. El siguiente fragmento es al respecto por lo demás ilustrativo, sostuvo que:

“Durante la primera presidencia constitucional se iniciaron varios juicios políticos contra algunos gobernadores que no concluyeron ni la cámara decidió sobre ellos (...) Los miembros de la Cámara tenían ideas enteramente divergentes sobre el rol que ejercían en estos casos, el orden del procedimiento y las facultades legales de este cuerpo: sin antecedentes ni prácticas cada cual formaba su juicio por los libros franceses, las teorías inglesas o las prácticas norte-americanas, sin que se haya fijado el verdadero rol de la Cámara en la esfera que la Constitución le da” (Quesada, 1861 a, N°1 p. 44).

En efecto, desde el inicio de sesiones del Congreso de Paraná en 1854 -como anticipamos- de los seis casos de solicitud de juicio político, cinco correspondieron a gobernadores: a los de San Juan iniciados en 1854 -único en el que Quesada no ocupó una banca- y 1858, Jujuy en 1857, Santiago del Estero y Mendoza en 1858 y Córdoba en 1860. El restante se instruyó también durante este último año al Ministro de Relaciones Exteriores Alvear, a pedido de un grupo de emigrados chilenos por considerar que lesionó su derecho constitucional a la libertad de prensa, al prohibirles escribir contra el gobierno de Chile e intimarlos además a cambiarlos de residencia si no lo hacían. Pero la comisión especial no se expidió y nunca se trató el asunto en el Congreso¹³. En los casos de los gobernadores, también se nombraron comisiones que tampoco dieron curso a las acusaciones.

A entender de Quesada, sea por el “silencio estudiado” de la Cámara de Diputados o por “el consentimiento de los mismos que solicitan la acusación”, nada definitivo se había determinado hasta 1861. Sin embargo, según advertiremos, se ensayaron otros mecanismos de resolución por parte de las comisiones especiales

¹³ Sólo se solicitaron antecedentes al ministro quien afirmó haber dado cuenta del asunto en su memoria anual, la que fue leída en el recinto. A su entender, los emigrados habían escrito contra el Cónsul chileno residente en Mendoza, situación que había provocado sus reclamaciones y las del gobierno provincial, por lo que su acción había sido para precaver cualquier abuso que pudiera poner en tensión la tranquilidad en Chile y en la Confederación Argentina. Silva (1942, p. 272-273).

que también merecieron sus objeciones y las de otros legisladores. Por ende, a su criterio era mejor adoptar sobre el punto a futuro el modelo norteamericano -y no seguir el de Brasil, Chile y la Confederación Argentina- nombrando una comisión permanente a inicios de cada período legislativo, lo que supondría mayor transparencia política (Quesada, 1861 a, N° 1 p. 54 y N° 5 p. 288-289).

Con relación a ello, también evaluó críticamente la reforma de 1860. La imposibilidad de que el Congreso enjuiciara en adelante a los gobernadores le parecía de lo “más grave”. En un sentido similar a los constituyentes de 1853 y de algunos de los intelectuales antes citados, esta institución era “garantía de imparcialidad” para las autoridades y la sociedad, pese a que al momento no se contaban resultados positivos. Para alcanzarlos, Quesada veía sin embargo un avance en la naturaleza del juicio político ya que era “más lato y más comprensivo” lo referido a sus causales. Por el contrario, durante la Confederación Argentina el artículo 41 había dado lugar a “variadas deducciones” (Quesada, 1861 a, N° 5 p. 294-295).

¿Cuáles fueron entonces los principales debates que originó en el Congreso la puesta en práctica de dicho artículo constitucional?, ¿qué procedimientos y resoluciones se adoptaron ante la solicitud de juicios políticos? y ¿cómo percibieron los legisladores su rol, labor y prerrogativas en torno a dichos juicios?, son los interrogantes que guían el siguiente apartado.

III. La tramitación de los juicios políticos en el Congreso: representaciones, prácticas, interacciones y prerrogativas

III.1

El reglamento de la Cámara de Diputados estipulaba que podía nombrar comisiones especiales para los asuntos que creyera conveniente, que concluían una vez cumplidos sus encargos (Silva, 1939, p. 281). Este procedimiento fue entonces el que decidió adoptar mayormente ante los juicios políticos. Una excepción se produjo cuando por una cuestión de intereses un abogado en representación de un particular buscó enjuiciar al gobernador de turno en Santiago del Estero. El asunto

pasó a la comisión permanente de Peticiones y Negocios Extranjeros que, al igual que lo sucedido con el ministro Alvear, no se expidió. En los otros casos, según referí, las comisiones especiales tuvieron en común no dar curso a las acusaciones. Aunque ensayaron respuestas cuya recepción en el Congreso provocó diversos debates.

En virtud de lo sucedido en San Juan en 1854, Jujuy, Mendoza y Córdoba se dispuso por una minuta de comunicación solicitar al poder ejecutivo nacional que medie en los conflictos. En San Juan las tensiones entre el gobernador Benavídez y la Legislatura ante unas elecciones provinciales ya habían suscitado el arbitraje del presidente Urquiza. Sin embargo, miembros de la Legislatura insistieron en que el mandatario había cometido traición y sedición, por lo que pese a reconocer como positiva la injerencia presidencial, “por el derecho público argentino” debía fallar “el soberano congreso”. Finalmente, la Cámara resolvió en septiembre de 1855 que por la proximidad de clausura de sesiones, el poder ejecutivo tomase nuevas medidas para lo que prestaría su “decidida cooperación” y se expediría al siguiente año. La minuta pasó al Senado que decidió rechazarla por unanimidad porque no habían podido revisar la documentación y su atribución era juzgar, por lo que no podía participar de acciones de ese tipo. En mayo de 1856 los diputados nombraron una comisión especial para continuar la investigación pero no presentó ningún dictamen¹⁴.

En el caso de Jujuy, un diputado provincial y fiscal general fue apresado y desterrado por oponerse al gobernador Alvarado, por lo que al igual que en San Juan, fue la Legislatura la que solicitó el juicio. La comisión especial designada en Paraná aconsejó pedir informes a las partes, para formarse una mejor opinión. Ante la falta de respuesta de la comisión, en el siguiente período legislativo se nombró una nueva que tampoco se despachó. En último lugar, el poder ejecutivo

¹⁴ La dinámica política de San Juan tuvo una fuerte impronta en el devenir de la Confederación Argentina y del conflicto entre ésta y el Estado de Buenos Aires. Urquiza resolvió el conflicto buscando mantener la preeminencia de Benavídez. Lo nombró en 1855 jefe de la Circunscripción Militar del Oeste y reconoció al nuevo gobernador Díaz. Luego se produjeron diversas tensiones entre estos últimos y también entre Benavídez y el gobernador sucesor Gómez Rufino que fueron marco del asesinato de Benavídez en 1858. He examinado la situación en Lanteri, 2015b.

nacional zanjó el asunto mediante una intervención federal (Silva, 1942, p.171, 177 y 198-202).

Por su parte, en Mendoza y en Córdoba un conjunto de ciudadanos solicitó enjuiciar a los gobernadores por violaciones a la constitución cometidos en el marco de las elecciones de legisladores nacionales de marzo de 1858 y presidenciales y provinciales de inicios de 1860 respectivamente, a la vez que al gobernador mendocino también se lo acusó de malversar fondos públicos. En ambos casos, tras diversos clivajes que atenderé, las comisiones especiales también ponderaron el rol mediador del ejecutivo. Sin embargo, la Cámara postergó su resolución sobre Córdoba, mientras que la comisión interventora enviada por el presidente Urquiza a San Juan ante el asesinato de Benavídez a fines de 1858 influyó en la situación mendocina¹⁵. A la par que esa comisión detuvo al gobernador Gómez Rufino, a su ministro Laspuir y a otros políticos sanjuaninos y los remitió a Paraná para que fueran juzgados, por considerarlos culpables de dicho asesinato. A más de dos años y en el referido contexto de reunificación con Buenos Aires tras la batalla de Cepeda, el ejecutivo con anuencia del Congreso finalmente sobreseyó a los apresados.

De manera que, según se advierte, en el devenir de los juicios políticos el poder ejecutivo nacional, en particular del presidente, tuvo un protagonismo apreciable. Con todo, surgieron posturas encontradas sobre ello, así como acerca del rol del Congreso. En este sentido, lo acontecido se relaciona con la dinámica parlamentaria general de aquellos años. En efecto, respecto del funcionamiento del sistema político de la Confederación Argentina he argumentado que la acción legislativa se asentó sobre clivajes modelados al enlace entre los procesos constitucionales formales y las voluntades y circunstancias políticas concretas.

¹⁵ Al siguiente año se decretó además una intervención federal por tensiones entre el gobierno y la Legislatura en Mendoza. Datos en Silva (1942, p. 267 y 231). Míguez (2021, p. 111-112) ha afirmado que Urquiza prefirió durante su presidencia para mantener pacificadas las provincias conciliar posiciones internas en las mismas, salvo que se acercasen a Buenos Aires o distanciasen de su proyecto político. Mientras que a fines de su mandato y en el de su sucesor Santiago Derqui, cuando las provincias confrontaron de manera más abierta y el conflicto con Buenos Aires se potenciaba, la injerencia del gobierno federal en las provincias con movilización de fuerzas se hizo más frecuente.

Sostuve que el vínculo establecido entre el poder legislativo y el ejecutivo plasmó la armonía proyectada por Juan Bautista Alberdi -cuyos postulados, como es sabido, inspiraron el diseño constitucional de 1853- de un sistema federal con un ejecutivo fuerte. Sin embargo, ello no supuso que las provincias resignasen su poder. Sino que, muchas veces, se cuestionaron las decisiones del ejecutivo nacional y se le marcaron límites precisos, en función de las atribuciones y prerrogativas del poder legislativo (Lanteri, 2015a, p. 245-247).¹⁶ Además, es de destacarse que los legisladores se sabían parte de un poder estatal que era jurídicamente independiente. Pero conocían también la imposibilidad práctica de alcanzar un sistema político sin un ejecutivo nacional fuerte que centralizara el poder. Ello se revela con claridad en los juicios políticos, en tanto los propios legisladores requirieron del presidente para orientar la gobernabilidad. Lo que implicó la materialización de los mandatos constitucionales según la medida de las posibilidades dadas por un contexto de metamorfosis política e institucional.

Algunos puntos álgidos de los debates, como lo vinculado a las inmunidades parlamentarias -que considero luego- y la interpelación realizada a los ministros ante el contexto mendocino y las enérgicas críticas a la resolución mediante comisiones mediadoras, también abonan a esta caracterización general. Veamos entonces esto último. A poco de ser nombrada la comisión especial, el senador mendocino Zapata solicitó interpelar a los ministros del Interior y de Guerra y Marina. Interrogó al primero acerca de qué información tenía y le objetó que en su memoria anual había omitido el conflicto. El ministro afirmó haberse servido de opiniones de diversos sectores para aconsejar al presidente, asegurando que los doscientos ciudadanos firmantes de la petición no eran socialmente representativos sino sólo de una “facción política”. De igual modo, consultó al Ministro de Guerra qué acciones tomaría respecto del comportamiento de los jefes militares nacionales sublevados que habían intimidado al redactor de un periódico local y además irrumpido en las sesiones de un Club político: a entender de Zapata

¹⁶ En sintonía con las perspectivas actuales que revisan críticamente caracterizaciones sobre la debilidad institucional del Congreso y la omnipotencia del poder ejecutivo (entre otros, Ternavasio, 2017; Irurozqui (coord.), 2020).

se había incidido en el orden interno. El ministro respondió que los militares fueron encarcelados y luego puestos en libertad y recordó sus atribuciones en lo relativo al movimiento de tropas. Con ello se cerró la interpelación, no sin antes enfatizar Zapata el necesario resguardo de la soberanía provincial y su disgusto ante la descalificación de la ciudadanía y la falta de investigación del gabinete (Nicolini, 2021; Nicolini y Lanteri, 2020, p. 136-137).

Por su parte, la comisión especial propuso, como señalé, la incidencia de Urquiza y reconoció una situación “agitada” por la petición y lo discutido en el recinto, aunque insuficiente para acusar. Igualmente, se respaldó en el consenso y el “éxito” obtenido con dichas mediaciones: se había tomado el “camino del buen sentido y la política práctica”. Ello no sólo porque el poder ejecutivo nacional era una “autoridad imparcial y justa”, sino también dado que “en la infancia de nuestras instituciones” y no estando reglamentados los respectivos artículos constitucionales, era conveniente que fueran reglándose por medios pacíficos como los propuestos (Silva, 1942, p. 219 y 226).

Por lo que a diferencia de otros asuntos donde se limitó con un énfasis mayor el poder presidencial (Lanteri, 2015a), tomando en cuenta condicionantes como la falta de una ley reglamentaria, los dilemas de poner en práctica el artículo 41 y la importancia de mantener pacificadas a las provincias, ante los juicios políticos se optó por impulsar y robustecer dicho poder. Su acción mediadora era concebida como una forma de tramitar los conflictos e ir calibrando los principios constitucionales. Con todo, los resquemores fueron fuertes, porque diversos legisladores sugirieron que sus propias resoluciones desvirtuaban el rol que el Congreso tenía en el sistema político, junto a la consecuente pérdida de autoridad y de legitimidad social en la institución¹⁷.

En efecto, siguiendo con el caso mendocino, se alzaron voces que señalaron el peligro que suponía mostrar ante la población que “esquivaban el conocimiento del asunto por temor a tratarlo”. La discusión además tuvo un tono retrospectivo ya que se reprobó lo actuado desde 1854. Así, por ejemplo, se evaluó la práctica de

¹⁷ Esta y otras referencias en adelante extraídas de Silva (1942, p. 222-225 y 227-231).

las comisiones como lesiva a la dignidad del Congreso por ser “antiparlamentaria” y “anticonstitucional”.

Lo primero porque el Congreso debía asumir la “alta posición” en que lo ponía el artículo 41: los diputados lo único que podían decidir es si había o no lugar a la formación de causa y el Senado juzgar acerca de la destitución del acusado. Lo segundo, se consideró en un doble sentido. Por una parte, era anticonstitucional recomendar al poder ejecutivo medidas que era de su competencia adoptar. Por otro, distintas comisiones habían asumido los poderes provinciales, poniendo en jaque el esquema federal. Con argumentos similares a los de 1853, 1860 y los presentados por Zapata, se afirmó entonces que ni el gobierno ni el Congreso tenían facultades de “anillar la soberanía de las provincias” y que casos como el de Mendoza y otros espacios no eran comparables con otros de mayor gravedad como los que incumbían intervenciones federales.

Sin embargo, distinto era el “pernicioso ejemplo” transmitido. La constitución estipulaba que los gobernadores eran agentes naturales del gobierno federal para hacerla cumplimentar y, por el contrario, se les había dado “la certeza” que, en vez de ser fiscalizados, sus malos actos serían “honrados” al enviarles un “plenipotenciario a tratar con ellos como de poder a poder”. Lejos de hacerse responsables, se los “invitaba a desmadrarse” y luego reclamar una comisión ante un posible enjuiciamiento. Quesada en su escrito de 1861 también indicó el peligro, compartido con algunos pares, de la utilización del juicio a favor de las facciones en el poder. A diferencia de Inglaterra, Francia y España no se aplicaban en la Confederación Argentina las disposiciones del Código Penal, que creía podrían tal vez servir de “valla a las pasiones políticas”. Era un problema social de relevancia encontrar un medio para hacer efectiva la responsabilidad en beneficio de la “libertad y el orden” y de la “moralidad de la administración”: tanto el pueblo como los funcionarios debían estar protegidos de los abusos y partidismos (Quesada, 1861 a, N° 3 p. 172 y N° 1 p. 45).

Finalmente, la votación fue muy ajustada. Por dos votos de diferencia se decidió entonces seguir lo indicado por la comisión especial, aunque con una reforma de redacción. Se suprimió la parte en que se afirmaba conocer que la

situación mendocina era “agitada”, para “salvaguardar el honor de la cámara” al no mostrarse contradictoria por no acusar.

Así, los debates sobre el juicio político se emparentan con varios otros del período¹⁸ donde también circularon distintas ideas y fórmulas de articulación, de participación y de preponderancia entre los poderes estatales y entre las esferas de poder nacional y provincial. No hubo siempre acuerdos sustantivos sobre las instituciones, ni tampoco un único modelo de referencia y accionar republicano y federal, cuestión que como se anticipó resultó extensiva a las tensiones políticas que signaron a las décadas sucesivas¹⁹. Con todo, durante la Confederación Argentina ello redundó en beneficio de un ejercicio experimental que realizó y fue dando sustancia a la formación estatal. En cuanto al juicio político, esta dinámica ilustra decisiones, intereses y formas de acción que fueron modulando un marco de legitimación política para la institución y destrezas propias del oficio parlamentario²⁰. A continuación, amplío el análisis considerando aquellas solicitudes de juicio político que se entrecruzaron con otro aspecto clave de la institucionalidad republicana: los privilegios parlamentarios.

II.2

Tras remitir a los apresados por el asesinato del sanjuanino Benavídez a Paraná, el poder ejecutivo envió documentación variada al Congreso y solicitó ser notificado sobre si formaría juicio político. Por su parte, el gobernador Gómez

¹⁸ Como los relativos a la política presupuestaria, la justicia federal, la división territorial en Circunscripciones Militares y el ordenamiento de los principales organismos administrativos estatales, por citar algunos ejemplos que he analizado (Lanteri, 2015a; Lanteri, 2011a).

¹⁹ Mientras la comisión especial estudiaba la acusación, algunos ciudadanos se dirigieron sumando nuevos capítulos de denuncia al gobernador de Mendoza. Entre ellos, veían de especial gravedad que éste ignorase las prescripciones de la constitución provincial que otorgaba un plazo de tres años para dictar leyes orgánicas. La de “responsabilidad y juicio a los funcionarios”, a su entender, hubiera evitado la necesidad de recurrir al Congreso. García Garino (2015) en su investigación analizó la relación poder legislativo-poder judicial a través de la institución juicio político en el marco de la construcción del Estado provincial. Ha mostrado que no se celebró ningún juicio político entre 1852 y 1881, aunque los debates suscitados ante los pedidos de encausar jueces incumbieron problemáticas que, según advertimos, se hicieron presentes también en la Confederación Argentina y que ilustran los hiatos del orden republicano. Tales como la relación y (des)equilibrio entre poderes, otros asuntos ponderados por la Legislatura como más urgentes como limitantes, las dificultades e implicancias del juicio político, las atribuciones legislativas y las dificultades emanadas de la falta de una ley que reglara, entre otras (García Garino, 2015, p. 5 y 11).

²⁰ En sintonía con lo examinado en Lanteri (2015a).

Rufino presentó un extenso memorial de impugnación a la comisión que había sido enviada por el gobierno nacional a San Juan, mientras que el ministro Laspiur apeló a sus inmunidades, ya que había sido electo diputado. El asunto pasó a dos comisiones, una especial y a la de Peticiones, que se expidieron en septiembre de 1859 en forma conjunta.

En este punto, resulta de interés cambiar la óptica desde los gobernadores hacia la situación de Laspiur, único legislador ante un posible juicio político en la década y por iniciativa entonces del poder ejecutivo nacional. La documentación disponible no informa las causales por las que la generalidad de los juicios fue contra los gobernadores, aunque es posible ponderar el aludido impacto diferencial de su fortaleza, centralidad y raigambre desde la primera mitad del siglo XIX. Dos razones justifican el detalle sobre este legislador. La única vez que la Cámara tomó una determinación fue al sobreeserlo junto a Gómez, lo que acentuó debates sobre la naturaleza del juicio político. En este marco, las inmunidades legislativas adquirieron matices propios que también aportan al análisis²¹.

Primeramente, aunque las comisiones recomendaron acceder a la solicitud de Laspiur de reconocer su diploma, afirmaron requerir de al menos un año para decidir sobre su enjuiciamiento, ya que tenían más de mil quinientos legajos que revisar. Por ende, surgió un proyecto de ponerlo en libertad entretanto -al igual que a Gómez-, ya que no había sido sorprendido *in fraganti* en los casos previstos por el artículo 59 de la constitución. Una nueva comisión especial propuso aprobarlo pero por la sola diferencia de un voto se lo desestimó²². Para orientar los resultados fue crucial la incidencia de Urquiza, a partir de las negociaciones de algunos de sus diputados adeptos (Lanteri, 2015a).

Laspiur insistió mediante un extenso texto en el que desplegó diversos argumentos conforme su experticia como abogado. Entre otras cuestiones, puso en diálogo la experiencia reciente con lo sugerido por el comentarista de la

²¹ Durante el período fueron pocos los casos en materia de inmunidades que se discutieron en el recinto. He explorado algunos de ellos en Lanteri (2011a y 2015a).

²² En adelante citas y síntesis extraída de Silva (1939, p.1211-1219 y p.1233-1235). Urquiza ordenó además la intervención nacional a San Juan a cargo del jefe militar José Antonio Virasoro, quien fue nombrado gobernador a inicios de 1859. Por diversos conflictos también fue asesinado a fines de 1860, continuando entonces la conflictividad en San Juan como indicamos en la nota a pie 14.

constitución norteamericana, Story. Según éste los privilegios parlamentarios eran efectivos desde la elección -y no luego del juramento- mientras que, en el caso de Ávila, que enseguida referiré, se había obrado en ese sentido y además le pesaba una acusación, cuando contra él ninguna. No sólo hacía dos años que no merecía estar preso, sino que, de decidirse su juicio, afirmó además que sería nulo. Siguiendo “el derecho común entre nosotros” y la ley de juicio político de Brasil, que por ejemplo permitía al procesado recusar en algunos casos a jueces, Laspiur se preguntaba: “¿dónde está en mi caso la ley anterior al hecho que ha de reglar el procedimiento del juicio político?”

A poco de ello, la situación fue resuelta por el poder ejecutivo, que solicitó el apoyo de la Cámara para sobreseer a Laspiur y al gobernador Gómez. Por entonces, la comisión especial dijo que Urquiza se había anticipado a su dictamen y que por unanimidad se inclinaba por la excarcelación. La “unidad de los argentinos” por la reincorporación de Buenos Aires en tanto “razón superior” los eximía de realizar “consideraciones jurídicas ni tecnicismos”, sin embargo, algunas cuestiones merecían destacarse. Por ejemplo, que no se había llenado la formalidad de dar cuenta de la detención con la información sumaria del hecho, requisito esencial que debía seguirse tras el arresto de un diputado. Los diputados aprobaron el dictamen por mayoría y fueron enfáticos en ser más “celosos”, dado que “peligraba la existencia misma del Congreso”. Se discutió, en consecuencia, si se debía hacer un llamado de atención al ejecutivo sobre la violación de las inmunidades, pero se acordó que no era necesario²³. El propio Laspiur declinó, aunque solicitó que su situación fuera visibilizada, lo que fue aceptado considerando su “honor” y el del recinto, por lo que se resolvió la publicación conjunta de su exposición y de las actas de sesiones.

Con todo, surgió un nuevo contrapunto que pone en relieve problemáticas que se presentaron como cardinales en este artículo en virtud de la diversa interpretación y puesta en práctica del artículo 41 de la constitución nacional: los alcances y límites en las facultades del Congreso y en particular de la Cámara de

²³ La situación fue leída críticamente a inicios del siglo XX. Por ejemplo, Romero (1902, p.253) examinó al caso como el primero en que se violó el privilegio de arresto en la historia argentina.

Diputados, las dificultades y falta de leyes en materia procedimental, las interacciones de distinta índole con el poder ejecutivo nacional; junto a la variedad de argumentos en función de la experiencia desarrollada desde 1854 y de referencias doctrinarias.

Precisamente Quesada, que en su escrito de 1861 había advertido algunos de estos puntos, expuso allí también el caso Laspuir en un intento por fijar su posición sobre cuál debía ser el rol de la Cámara de Diputados²⁴. Para sobreseer se había argumentado que ésta asumía las “facultades de un juez” en tanto tenía “jurisdicción en el expediente o negocio en que trata, considerándolo como causa”. Siguiendo a Story, el rol de la Cámara era entonces “mixto”, por lo que para sus pares no fue necesaria la minuta de comunicación que Quesada propuso para suspender la continuidad del juicio y no aprobar en “forma tácita” lo realizado.

De hecho, Quesada se mostró preocupado porque era la primera vez que se dictaminaba y se lo hacía sentando bases inadecuadas hacia el futuro. Pensaba dicha minuta como “un medio”: no se atacaban los “sentimientos patrióticos” por la unidad nacional ni se establecían “malos precedentes” por actuar ambos poderes públicos por fuera de sus atribuciones. Como afirmó Buchbinder (2012, p. 35 y 38), al igual que en otras ocasiones durante el período como por ejemplo cuando manifestó su prevención ante la posible omnipresencia del poder judicial por la doctrina de interpretación judicial de la constitución nacional, Quesada actuó con considerable autonomía en el recinto y buscó enfatizar la independencia y campo de acción del legislativo.

Basándose en citas como las del jurista chileno Lastarria y del comentarista inglés Blackstone, para Quesada la Cámara funcionaba como un “jury de acusación”. El carácter del juicio político era mixto porque tenía las formalidades de un juicio y determinaba por sentencia, aunque era administrativo en su objeto. Pero eso no equivalía a “mezclar el rol de acusador y de juez”: ni levantaba sumario, ni podía sobreseer; como tampoco podía hacerlo el poder ejecutivo²⁵.

²⁴ En adelante citas extraídas de Quesada (1861 a, N° 3 p.172-174) y Silva (1939, p. 1222-1233).

²⁵ En su informe (Quesada, 1861a, N° 1 p. 46-47) amplió el punto siguiendo los postulados de Toqueville: el juicio político era excepcional y extraordinario por la calidad y número de los jueces y

Igualmente, se distanció de posturas que afirmaban la posibilidad de sobreseer en virtud de que la Cámara de Diputados tenía el “derecho” de “declarar o no declarar”, esto es de hacer uso de esta facultad potestativa a su criterio. Quesada citó el ejemplo del Imperio de Brasil porque “no pensaba que en una monarquía sean más liberales que en una democracia”. Su constitución disponía como una “atribución privativa” que la Cámara de Diputados iniciaba el juicio político, al igual que en la Confederación Argentina. Mientras que por otra ley imperial se señalaba la obligación de denunciar delitos, lo que también cabía al caso. Es decir, al revés de lo sucedido durante el período, para Quesada los diputados estaban obligados a expedirse sobre la iniciación o no de juicio político (Quesada, 1861a, N° 5 p. 288).

La “necesidad de ir regularizando el porvenir de la jurisprudencia constitucional” y, en particular las dinámicas intra-legislativo e interpoderes, también fue afirmada en el caso de Córdoba²⁶. Así lo manifestó el Senado, cuando se negó a aprobar la minuta de comunicación de la Cámara de Diputados por la que autorizaba al poder ejecutivo nacional a recabar informes sobre la solicitud de enjuiciar al gobernador Fragueiro por haber reprimido en actos electorales. Debía priorizarse la “circunscripción y medida” manteniendo el equilibrio republicano y federal. Así había procedido respecto de San Juan en 1854 - 1855 y ya había advertido también en otras ocasiones, al igual que lo habían hecho diversos diputados según indiqué, el peligro de estas prácticas que podían ser leídas como una intervención federal a las provincias²⁷.

La conflictividad cordobesa fue creciente ante el triunfo de Santiago Derqui como presidente, dado que Fragueiro era su principal contrincante. Se fortaleció la

por la espectabilidad de los acusados, pero limitado en su objeto. Ello porque el poder legislativo era “momentáneamente” revestido de la potestad de juzgar, confundándose con el poder judicial, pero sólo a los fines de la destitución del acusado. Por ende, “el rol del Congreso se reduce a lo que es exclusivamente político, garantiendo al pueblo de los abusos de poder (...) El juicio político ha sido instituido para alcanzar a los altos funcionarios, desnudándolos del poder de que abusan y conservándoles al mismo tiempo por la forma del procedimiento y la importancia de los jueces, todas las garantías necesarias contra las pasiones vengativas de los partidos”.

²⁶ Cita en Silva (1942, p. 238); en adelante referencias en misma obra p. 237-266.

²⁷ Fragueiro escribió al Ministro del Interior celebrando dicho rechazo del Senado y narrando su postura ante las acusaciones recibidas, así como envió otras notas a políticos de Paraná.

oposición a este último y se produjeron revueltas, algunas encabezadas por jefes militares nacionales. Ello tuvo especial repercusión en el Congreso ya que se buscó impugnar los poderes del diputado Ávila por ser acusado por su par Bazán - próximo a Fraguero- de participar en las mismas. Aunque finalmente su diploma fue aprobado, ello derivó en una nueva solicitud de juicio político del propio Ávila al gobernador Fraguero y a su vicegobernador.²⁸

A su criterio, lo sucedido “injuriaba su honor y comprometía la justicia” de la Cámara e igualmente debían atenderse los reclamos de la ciudadanía cordobesa y enjuiciarse a “los verdaderos perturbadores”. Tras un tenso cruce de denuncias entre Ávila y Bazán, en el que el primero atribuía a Bazán pertenecer al círculo que “violó bienes y produjo asesinatos” y éste a Ávila de haber podido optar antes por solicitar el juicio político en vez de alzarse en armas, se decidió crear una comisión especial. Conforme el principio seguido en Jujuy en 1857, ésta aconsejó pedir al poder ejecutivo nacional y al gobernador informes, dado que su idea no era “innovar sino seguir procedimientos precedentes”. Aunque desestimó algunos puntos esbozados en la acusación de Ávila, como la invasión de atribuciones de Fraguero a la Legislatura por corresponder a la Corte Suprema de Justicia y no estar incluido en el artículo 41 de la constitución nacional.

Asimismo, la situación promovió un intercambio sobre la necesidad o no de que Ávila respaldara su denuncia con documentación. En su trasfondo nuevamente estuvo la naturaleza del juicio político. Para algunos diputados, que defendían el doble rol de “juez y fiscal” de la Cámara, Ávila debía presentar informes para que se pudiera instruir sumario. Más aún cuando en 1857 se le solicitó por unanimidad a la Legislatura que lo hiciera, una institución “mucho más caracterizada” que Ávila. De igual manera, si una declaración no bastaba para proceder contra un particular, mucho menos podía bastar para ir contra un gobernador.

²⁸ Junto al diploma de Ávila fue objetado el de López por implicarse también en la revolución, quien se incorporó al siguiente año a la Cámara. En el Congreso sólo se rechazaron dos diplomas de senadores y seis de diputados en todo el período –en el que actuaron en total ciento cuarenta y ocho legisladores-. Ya que en general se argumentó que no se debía atentar contra la atribución de las provincias de elegir a sus representantes.

También se argumentó que Ávila afirmaba no poder presentar pruebas por su imposibilidad de regresar a Córdoba porque allí era perseguido, pero que ello no era así porque se habían respetado sus inmunidades parlamentarias, al no haber sido comprendido en la requisitoria de los revolucionarios asilados en la provincia vecina de Catamarca. Por su parte, el diputado cordobés Guzmán apoyó a Ávila dado que él también había sido mandado a enjuiciar por el gobierno cordobés por denunciar el “fusilamiento del pueblo”. Afirmó que por entonces sólo fue sobreseído porque no asistió al ser citado por el juez de crimen por estar en Paraná, pero para entonces ya se había atentado contra el principio constitucional de petionar ante las autoridades y contra su fuero como diputado; sin contar que se había sujetado a un juez de provincia una causa que correspondía a las autoridades nacionales. Por consiguiente, las garantías no estaban dadas como para que Ávila pudiera cumplir con dichos informes.

Otros diputados también se orientaron en dicho sentido, pero lo hicieron acentuando la imprecisión existente en materia de juicio político. Tal fue el caso de Aráoz, quien había sido uno de los principales detractores de la postura de Quesada ante el caso Laspiur. Aráoz solicitó a sus pares distinguir entre los juicios ordinarios, que estaban determinados “en una multitud de códigos que hay en todos los países” y los políticos. En su opinión, no sólo no había consenso sobre su “tramitación” sino que “ni aún sabemos a qué atenernos tratándose de un juicio político”. Por consiguiente, “lo más” que podía hacerse era buscar bases de un criterio jurídico por “mera analogía”: ni el artículo 41 ni las referencias norteamericanas seguidas en este punto indicaban la obligación de Ávila de presentar pruebas. Igualmente lamentó las “pasiones políticas” cristalizadas, que en otros casos o no habían existido o al menos habían quedado silenciadas en el recinto.

Con todo, para Araoz sí era necesario que el gobierno cordobés presentara sus informes, ya que siempre se había escuchado al acusador y al acusado. Sin embargo, en la Cámara y a diferencia de lo sugerido por la comisión especial, finalmente se decidió no solicitárselos y que sólo el poder ejecutivo nacional se ocupara de recabar la información. Como adelantamos, la Cámara postergó su

resolución y no existe registro de que el poder ejecutivo nacional formulase dicho pedido de informes. Tiempo después, con motivo del referido caso del ministro Alvear, Aráoz solicitó que “constase en actas como precedente” que, a diferencia del gobierno cordobés, al ministro se le solicitaban explicaciones (Silva, 1942, p. 267).

En 1861 Quesada también recogió lo sucedido para justificar la necesidad de su ensayo. Afirmó que las resoluciones de las instituciones deliberativas eran “cambiantes por su misma naturaleza y no establecen jurisprudencia como los tribunales judiciales” pero cuando la Cámara de Diputados actuaba como “cuerpo acusador” ejercía funciones especiales, diversas en su naturaleza de las medidas legislativas, por lo que sus procederes sí fijaban jurisprudencia. Se lamentaba entonces que ni el rol acusador ni ningún otro hubiera sido definido ni practicado durante la Confederación Argentina (Quesada, 1861a, N° 1 p. 44-45).

IV. Consideraciones finales

El estudio de los juicios políticos entre 1854 y 1861 se propuso como un aporte a la comprensión general del proceso de conformación, funcionamiento y legitimación del sistema político de la Confederación Argentina. Así como del protagonismo del Congreso y los parlamentarios en el entramado político republicano y federal en particular. De manera subsidiaria, se afirma también la potencialidad del tipo de abordaje de este artículo para profundizar la articulación analítica entre Historia y Derecho Parlamentario.

En primer lugar, se realizó un breve repaso del devenir del juicio político en el diseño y el debate constitucional, a los fines de calibrar lo estipulado en la constitución nacional de 1853 y en su posterior reforma de 1860. Como complemento de dicha contextualización problemática, se examinaron también las apreciaciones de algunos intelectuales contemporáneos y de las décadas siguientes sobre la infructuosa implementación de los juicios políticos. En particular, se destacó el estudio de Vicente Quesada de 1861 por su valor documental acerca de la experiencia de la Confederación Argentina, en tanto jurista y legislador nacional.

En este marco, se resaltó además la peculiar situación entre 1853 y 1860 de los gobernadores como sujetos judiciales, en los designios constitucionales al igual que en la mayoría de las solicitudes que fueron elevadas al Congreso.

En el segundo apartado, la atención se focalizó en las formas y sentidos en que los legisladores tramitaron dichos juicios. Del análisis conjunto de los casos, interesa recapitular algunos puntos. En primer lugar, que la falta de una ley reglamentaria y las vaguedades del artículo constitucional generaron varias discusiones sobre el rol y las atribuciones del Congreso a nivel político e institucional así como acerca de los procedimientos a seguir. Ante la solicitud de juicios políticos los legisladores en ningún caso acusaron ni, por ende, enjuiciaron. Sino que la Cámara de Diputados resolvió mayormente designar comisiones especiales que sostuvieron la mediación del poder ejecutivo nacional.

Ello se vinculó con la dinámica parlamentaria general de aquellos años, aunque la acentuación del poder presidencial también fue distintiva de otras situaciones, en las que éste fue puesto en mayor entredicho.²⁹ Con todo, los legisladores debatieron largamente sobre sus propios alcances y límites junto a los del poder ejecutivo y para ello se nutrieron de doctrinas de otras latitudes y de la experiencia desarrollada desde 1853. Así, realizaron lecturas empiristas de dichas doctrinas -principalmente del modelo norteamericano- y de la *praxis* realizada y por realizarse. El contexto histórico fue apreciado como de inicios de la vida política e institucional y de allí se argumentó tanto la necesidad de un poder ejecutivo fuerte como de no desvirtuar las potestades ni resentir la legitimidad del Congreso.

En este sentido, se sucedieron algunas votaciones ajustadas y fuertes críticas al mecanismo y al accionar concreto de las comisiones mediadoras, tildadas de antiparlamentarias y anticonstitucionales. La solicitud de juicio político a los gobernadores interpeló a los legisladores: por su naturaleza ponía en juego el principio de responsabilidad y en tanto representantes debían mostrarse en cumplimiento de sus designios constitucionales. Se encontraron ante el desafío de mantener pacificados los escenarios provinciales a la vez que de garantizar a sus

²⁹ Me baso aquí en los resultados de otros trabajos, sintetizados en Lanteri (2015a).

autoridades y población resguardo frente a arbitrariedades y partidismos. Más aún cuando la mayoría de las solicitudes se presentaron a partir de 1858 cuando la conflictividad política fue creciente y hubo quiebres en legitimidad y los apoyos a Urquiza (Míguez, 2021). Al tiempo que la agenda legislativa fue ritmada por la lucha con el Estado de Buenos Aires. Ello se evidenció por ejemplo en el caso de Laspuir -único en el que la Cámara se expidió- del mismo modo en que entre 1859 y 1861 fueron preponderantes las leyes orientadas a dicha lucha. Mientras que en 1858 se sancionó la ley orgánica de la justicia federal, que también generó amplios debates y fue evaluada por muchos como tardía (Lanteri; 2011 a y 2015 a).

Es dable pensar entonces el influjo de lo señalado en la dilación de sus despachos y en la requerida mediación del ejecutivo. Pese a ello, los legisladores se preocuparon entonces por legitimar su papel y accionar, lo que cobró fuerza en los casos que involucraron a las inmunidades legislativas. Igualmente, alzaron voces en contra de la invasión a las soberanías provinciales. De manera que sus diversas posturas anclaron en el equilibrio republicano y federal. Asimismo, aunque no se dio curso a una ley reglamentaria sobre juicio político, se afirmó el requerimiento de ir sentando bases de la jurisprudencia constitucional. Entre el pragmatismo político y el juego institucional, el caso de los juicios políticos resulta ilustrativo de las maneras en que se fue pensando y materializando la experiencia estatal de la Confederación Argentina.

Referencias bibliográficas

- AGÜERO, Alejandro (2014). Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930). *Quaderni Fiorentini*, XLIII, pp. 341-392.
- ALONSO, Paula y BRAGONI, Beatriz (eds.) (2015). *El sistema federal argentino. Debates y coyunturas (1860-1910)*. Edhasa.
- ANNINO, Antonio y TERNAVASIO, Marcela (coords.) (2012). *El laboratorio constitucional iberoamericano: 1807/1808-1830*. HILA-Iberoamericana.
- ARAMBURO, Mariano (2021). Experiencia estatal y reforma constitucional: la Convención de Buenos Aires de 1860. En Bragoni, B., Cucchi L. y Lanteri, A.L. (coords.) *Las tramas del poder. Instituciones, liderazgos y vida política en la*

- Argentina del siglo XIX*. Mendoza: INCIHUSA CONICET; Instituto de Historia Argentina y Americana "Dr. Emilio Ravignani"-UBA-CONICET, pp. 30-59.
- BUCHBINDER, Pablo (2012). *Los Quesada: Letras, ciencias y política en la Argentina, 1850-1934*. Edhasa.
- CHIARAMONTE, José Carlos (1993). El federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX. En Carmagnani, M. (coord.) *Federalismos latinoamericanos: México/Brasil/Argentina*. FCE, pp. 81-132.
- CUCCHI, Laura, POLASTRELLI, Irina y ROMERO, Ana (2020). Construir y limitar el poder en la república. En Sabato H. y Ternavasio M. (coords.) *Variaciones de la república. La política en la Argentina del siglo XIX*. Prohistoria, pp. 59-77.
- CUCCHI, Laura y ROMERO, Ana (2017). El "modelo" norteamericano en la reglamentación de las intervenciones federales en la Argentina decimonónica: debates en el Congreso Nacional (1869 y 1894). *Anuario de Estudios Americanos*, (74), pp. 615-642.
- CUCCHI, Laura (2021). El estado de sitio en el debate público argentino, 1862-1880: entre el orden político y el gobierno limitado". *Anuario IEHS*, (36), pp. 21-42.
- EUJANIAN, Alejandro, (2012). Por una historia nacional desde las provincias. El frustrado proyecto de Vicente Quesada en La Revista del Paraná. *Cuadernos del Sur*, (39).
- GARCÍA GARINO, Gabriela (2015). "Que se lleve á efecto el castigo": itinerarios del juicio político en Mendoza durante la década de 1870". En Angeli S. y Yangilevich M. *Foro 4 Gobierno, justicia y orden disciplinante en el Río de la Plata, siglos XVIII-XX*, *historiapolitica.com*
- GENTILE, Jorge (2008). *Derecho parlamentario*. Ciudad Argentina.
- IRUROZQUI, Marta (coord.) (2020). *El tribunal de la soberanía. El poder legislativo en la conformación de los Estados: América Latina, siglo XIX*. Marcial Pons.
- LANTERI, Ana Laura (2011a). Instituciones estatales y orden político. Diseño, prácticas y representaciones de la justicia federal en la 'Confederación' (1852-1862). *Población y Sociedad. Revista Regional de Estudios Sociales*, 18 (1), pp. 49-78.
- LANTERI, Ana Laura (2011b). Unos cuantos aventureros de la política'. Notas sobre los 'alquilones' en la 'Confederación' (1854-1861). *PolHis. Revista Bibliográfica del Programa Interuniversitario de Historia Política*, (7), pp. 115-126.
- LANTERI, Ana Laura (2015a). *Se hace camino al andar. Dirigencia e instituciones nacionales en la "Confederación" (Argentina, 1852-1862)*. Prohistoria.
- LANTERI, Ana Laura (2015b). (Inter) acciones para un nuevo orden nacional. La experiencia política de San Juan a partir de la Circunscripción Militar del

- Oeste y el Congreso durante la “Confederación” (1855-1858). *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, (14), pp. 1-21.
- LEO, Mariela y GALLO, Ezequiel (2015). La cuestión federal en los debates de la Convención Constituyente de 1860 en la Provincia de Buenos Aires. En Alonso, P. y Bragoni, B. (eds.) *El sistema federal argentino. Debates y coyunturas (1860-1910)*. CABA: Edhasa, pp. 41-58.
- LEVAGGI, Abelardo (2013). Constitucionalismo Argentino 1810-1850. *Iushistoria Investigaciones*, 2, pp. 1-30.
- MÍGUEZ, Eduardo (2018). *Bartolomé Mitre: entre la nación y la historia*. Edhasa.
- MIGUEZ Eduardo (2021). *Los trece ranchos. Las provincias, Buenos Aires y la formación de la nación*. Prohistoria.
- NEGRETTO, Gabriel (2013). Los orígenes del presidencialismo en América Latina: un estudio sobre el proceso constituyente argentino (1853-1860). *Revista Latinoamericana de Política comparada CELAEP*, 7, pp. 127-168.
- NICOLINI, Giuliana (2021). *Ministerios y ministros para la ‘Confederación Argentina’ (1852-1862)*. Tesina de Licenciatura en Historia, inédita, Universidad Nacional de Mar del Plata.
- NICOLINI, Giuliana y LANTERI, Ana Laura (2020). Llevar a la Cámara la mente del ejecutivo. Notas sobre las interpelaciones parlamentarias en la ‘Confederación Argentina’, 1854-1861. *Estudios Institucionales*, (13), pp. 125-150.
- PIAZZI, Carolina y LANTERI, Ana Laura (2019). “La administración pública en la argentina en perspectiva histórica. Propuestas sobre el *quehacer administrativo* y las funciones judiciales y legislativas en torno a las décadas de 1850 y 1860”. *Revista de Historia Americana y Argentina*, 54(1), pp. 241-276.
- POLASTRELLI, Irina (2017). La revolución fiscalizada. Los juicios de residencia en el Río de la Plata, 1810-1820. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En ligne].
- POLLITZER, María (2020). Discusiones sobre el gobierno parlamentario en la Facultad de Derecho (1890-1920). *Revista de Historia del Derecho*, (59), pp. 1-36.
- SABATO, Hilda (2020). Hacer política en tiempos de república. En Sabato H. y Ternavasio M. (coords.) *Variaciones de la república. La política en la Argentina del siglo XIX*. Prohistoria, pp. 19-38.
- SABATO, Hilda (2012). *Historia de la Argentina, 1852-1890*. Siglo XXI.
- SCOBIE, James (1964). *La lucha por la consolidación de la nacionalidad argentina, 1852-1862*. Hachette.
- TERNAVASIO, Marcela (2009). *Historia de la Argentina, 1806-1852*. Siglo XXI.
- TERNAVASIO, Marcela (2017). “La fortaleza del Poder Ejecutivo en debate: una reflexión sobre el siglo XIX argentino”. *Revista Histórica*, (24), pp. 5-41.

ZIMMERMANN, Eduardo (2014). Historia Global y Cultura Constitucional: Una nota sobre la traducción y circulación de doctrina jurídica en la Argentina del siglo diecinueve. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En ligne].

Documentos:

CARRANZA, Carlos (1902). *Antecedentes del juicio político*, Tesis presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para optar por el grado de Dr. en Jurisprudencia, Universidad de Buenos Aires. Compañía Sud-Americana.

ECHENIQUE, José (1874). *Derecho constitucional. Estudio sobre el juicio político*, Tesis presentada en la Universidad de Buenos Aires para optar por el título de Dr. en Jurisprudencia. Imprenta del Porvenir.

EL NACIONAL ARGENTINO. Imprenta oficial, 12/1859.

ESTRADA, José María (1902). *Curso de derecho constitucional*. Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.

GALLO, Vicente (1897). *Juicio político. Estudio histórico y de derecho constitucional*, Tesis para el Doctorado y para optar por al premio "Facultad de Derecho y Ciencias Sociales". Pablo Coñi e hijos.

PEREYRA, Miguel (1912). *Breve estudio sobre el juicio político y su aplicación en la República Argentina*. Imprenta Cabañero.

QUESADA, Vicente (1861a). Del juicio político en la República Argentina. Comentarios y observaciones a los artículos 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional. *Revista del Paraná. Historia. Literatura. Legislación. Economía Política*. N° 1-5.

QUESADA, Vicente (1861b). "La vida intelectual en las provincias argentinas". *Revista Atlántida*, marzo de 1911. Coni Hnos.

RAVIGNANI, Emilio (1937). *Asambleas Constituyentes argentinas*. Tomo 4. Talleres Peuser.

RAWSON, Alfonso (1870). *Estudio sobre el juicio político*, Tesis presentada a la Universidad de Buenos Aires para optar por el título de Dr. en Jurisprudencia. La Tribuna.

ROMERO, Miguel (1902). *El parlamento. Derecho-Jurisprudencia-Historia*. Tomo I. Félix Lajoaune.

SILVA, Carlos (1939). *El Poder Legislativo de la Nación Argentina*. Tomo II. Cámara de Diputados de la Nación.

SILVA, Carlos (1942). *El Poder Legislativo de la Nación Argentina*. Tomo III. Cámara de Diputados de la Nación.

Las vulnerabilidades de la infancia extranjera sin familia en las legislaciones de extranjería y de asilo: el caso de la frontera sur europea en África

Vulnerabilities of Unaccompanied Foreign Children in Immigration and Asylum Legislations: the case of the southern European border in Africa

 **Carmen Ruiz Sutil**

Investigadora de la Universidad de Granada (España) y
Universidad Siglo 21 (Córdoba, Argentina)
ruizsuti@ugr.es

Resumen: El incremento constante de las llegadas de menores extranjeros no acompañados a territorio melillense, frontera española y europea situada en África, ha tenido una incidencia importante en el complejo marco normativo que los protege. Este fenómeno migratorio que se va cimentando en la Ciudad Autónoma de Melilla, frontera española y de la UE, suscita una constante evolución legislativa y jurisprudencial para la protección de este colectivo especialmente vulnerable. En consecuencia, esta investigación interrelacionará las principales legislaciones que están llamadas a ser aplicadas y que tratan de garantizar los derechos de la infancia y adolescencia en dicha zona fronteriza. Particularmente, haremos alusión a las principales disposiciones del Derecho de extranjería y del asilo en relación con la situación administrativa del menor extranjero sin familia que llegan a esta ciudad española situada en continente africano. Dado el enfoque multidimensional y complejo del régimen vigente, intentaremos precisar el contenido del interés superior de la infancia en estas especiales circunstancias.

Palabras clave: MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS; SITUACIONES FRONTERIZAS HISPANO-AFRICANAS; CIUDAD AUTONOMA DE MELILLA; DERECHO DE EXTRANJERÍA Y DE ASILO.

Abstract: The constant increase in the arrival of unaccompanied foreign minors in Melilla, a Spanish and European border located in Africa, has had a significant impact on the complex regulatory framework that protects them. This migratory phenomenon, which is taking root in the Autonomous City of Melilla, a Spanish and EU border, is giving rise to a constant legislative and jurisprudential evolution for the protection of this particularly vulnerable group. Consequently, this research will interrelate the main legislations that are called to be applied and that seek to guarantee the rights of children and

adolescents in this border area. In particular, we will refer to the main provisions of the Law on Foreigners and Asylum in relation to the administrative situation of foreign minors without family who arrive in this Spanish city located on the African continent. Given the multidimensional and complex nature of the current regime, we will attempt to specify the content of the best interest of these minors in these particular circumstances.

Keywords: UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS; HISPANO-AFRICAN BORDER SITUATIONS; AUTONOMOUS CITY OF MELILLA; IMMIGRATION AND ASYLUM LAW.

Fecha de recepción: 11/07/2023
Fecha de aceptación: 20/03/2024



Las vulnerabilidades de la infancia extranjera sin familia en las legislaciones de extranjería y de asilo: el caso de la frontera sur europea en África¹

Carmen Ruiz Sutil

I. Aspectos preliminares

La movilidad internacional de la infancia extranjera sin familia constituye uno de los fenómenos actuales al que las sociedades, tanto de origen como receptoras, deben dedicar los mayores esfuerzos posibles.

La hipótesis de partida de este trabajo se centra en las primeras actuaciones a nivel jurídico que operan para la infancia extranjera que llegan sin acompañamiento de adultos a la Ciudad Autónoma de Melilla, frontera española y de la UE situada en el continente africano. Precisamente, las nacionalidades de las perso-

¹ Este trabajo queda enmarcado en el Proyecto Interinstitucional otorgado por la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21 de Córdoba (Argentina) denominación: "Aspectos internacionales en la protección de la personas migrantes y refugiadas: la transversalidad de la perspectiva de género". Investigadoras Principales: Carmen Ruiz Sutil (Universidad de Granada) y Candela Villegas (Universidad Siglo 21, Argentina). Duración: 01/08/2022 a la actualidad.

nas que llegaron a Melilla en 2023 por vía terrestre y saltando la valla que separa la Ciudad Autónoma de Marruecos son, en su mayor parte, de Sudán, Eritrea, Chad, Sudán del Sur, Mali o Níger. Por su parte, los extranjeros que accedieron al territorio melillense por vía marítima son de nacionalidad marroquí y de otros países del norte de África, incluso de Oriente Medio².

Esta zona fronteriza resulta de especial interés en los estudios jurídicos vinculados particularmente a la migración africana de personas menores de edad sin ser acompañados que van entrando en territorio europeo para instalarse en algún país de la UE. En consecuencia, esta investigación pretende dar luz a las eventuales incógnitas sobre la situación jurídica-administrativa de los menores no acompañados que acaban de efectuar su llegada a través de esta Ciudad Autónoma española, aunque siendo conscientes que las circunstancias particulares de cada caso exigen un análisis individualizado para determinar las soluciones aplicables.

Ante este contexto complicado, el objeto de este trabajo va a ser muy acotado, quedando limitado a realizar un somero análisis de las principales disposiciones en materia de menores extranjeros que se mueven internacionalmente de forma autónoma –sin sus tutores legales o familias– (Jiménez Álvarez, 2019; Klapper, 2007; Werner, 2009), poniendo de relieve sus luces y sus sombras, destacando aquellas cuestiones que han quedado pendientes para un adecuado tratamiento legislativo.

En estas situaciones con repercusión fronteriza trataremos de otorgar respuestas interconectadas con las disposiciones del régimen de extranjería y de protección internacional. Como punto de partida, se hace necesario referir y analizar de manera sucinta la pluralidad de normativa aplicable a estos supuestos. Para ello, incidiremos en los puntos 2 y 3, teniendo presente el acceso al derecho documental y otros derechos, como la reunificación o repatriación familiar, que afectan a este colectivo de menores cuando llega a territorio melillense. Al ser situaciones que se encuentran conectadas con más de un país, al margen de las cuestiones propiamente de extranjería o protección internacional de naturaleza jurídi-

² Informe CEAR 2023, p. 92

co-pública, sus relaciones también constituyen objeto del Derecho internacional privado. En consecuencia, se debe acudir a los distintos instrumentos de esta disciplina para dar respuestas a las cuestiones vinculadas con estos menores migrantes sin acompañamiento de adultos que llega a España por frontera sur europea, como es el nombramiento de un tutor o representante legal para defender sus intereses en los diferentes procesos administrativos y judiciales. En estas situaciones, se deberá tener en cuenta las soluciones otorgadas por el Reglamento 2019/1111³ o, en su caso, el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores⁴ (Cordero Álvarez, 2022).

Como defiende un sector de la doctrina, es necesario establecer un diálogo de fuentes en materia de extranjería y menores, junto a las del Derecho internacional privado (Moya Escudero, 2020), además de la necesaria interacción del Derecho internacional público (Serrano Sánchez, 2022; Requejo Isidro, 2017; Campuzano Díaz, 2020). Sin este enfoque multidimensional de normas llamadas a ser aplicadas se hace difícil precisar el contenido del interés superior del menor en estos contextos tan específicos y delicados.

La finalidad de estas páginas es comprobar si la metamorfosis que viene sufriendo el régimen legal que opera para estos menores, conocidos con el término MENAS⁵, alcanza a lograr soluciones eficaces y coherentes a la luz de los principales textos normativos en materia de extranjería y de protección internacional. Especialmente, prestaremos especial atención al interés superior de este colectivo, evitando los resquicios legales que podrían ser utilizados por las redes de tráfico de personas menores. Con el uso de la metodología del caso melillense, se va a

³ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019.

⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁵ A pesar de que la legislación de extranjería utiliza la terminología “menores extranjeros no acompañados”, consideramos que esta denominación queda desfasada. En la actualidad, la terminología utilizada “niños, niñas y adolescentes sin referentes familiares” es más adecuada en relación con el fenómeno migratorio de esta infancia sin referente familiares.

conseguir identificar algunos de los principales problemas con que se encuentran los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en situaciones de movilidad internacional cuando llegan a Europa por esta frontera española. Este análisis nos conducirá a respuestas que favorecen la optimización de los derechos de la infancia, adolescencia y juventud inmersa en estas situaciones tan especiales, con la necesidad de garantizarles la efectividad y optimización de sus derechos sobre unas bases de igualdad. Así, la identificación del interés superior del menor debe convertirse en una guía de la actuación de las autoridades con competencia en materia de menores, según el marco establecido en la principal Convención sobre los derechos del niño.

II. El régimen de extranjería de los menores extranjeros no acompañados

II.1. Cuestiones relevantes en la identificación de la persona menor extranjera

Los menores extranjeros no acompañados se les aplican respuestas multidimensionales en el plano jurídico⁶. Gracias a su minoría de edad, ellos son sujetos de protección y defensa por encima de otros intereses. Como nacionales extranjeros, los MENA son destinatarios de la normativa de extranjería y, en el caso que se considere, de la legislación relativa a la protección internacional. Particularmente, desde el marco operativo de la extranjería, tanto el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷ (en adelante LO 4/2000) como los arts. 189 a 198 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009⁸ (en adelante RD 557/2011) se convierten en los preceptos de referencia para su protección. Lo

⁶ Tal y como se desprende, entre otras normativas, en el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021).

⁷ BOE núm. 10, de 12 de enero 2000.

⁸ BOE núm. 103, 30 de abril de 2011.

cierto es que nos hallamos ante un tratamiento jurídico de especial complejidad, donde habrá que ponderar los intereses presentes a la hora de otorgar soluciones a los problemas interpretativos que puedan generarse, siempre desde la premisa del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁹ (Dreyzin de Klor y Britos, 2019; Durán Ruiz, 2021).

La Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997¹⁰ recoge por primera vez el término de menores extranjeros no acompañados para que, con independencia de su situación jurídica, los Estados adopten medidas protección y los cuidados básicos con arreglo a las disposiciones de la legislación nacional. Posteriormente, la UE aprobó una serie de directivas¹¹ que incluyen el concepto de MENA, además de mencionar a los apátridas, estableciéndose los 18 años como la mayoría de edad. Se insiste en la necesidad del alojamiento de éstos o en la regulación del retorno o la repatriación a sus países de origen. Por su parte, el art. 189 RD 557/2011 considera menor extranjero no acompañado al niño o niña menor de edad que llegue o se encuentre en territorio español sin estar con adulto responsable y en el que se aprecie riesgo de desprotección, precisiones similares a las que aparece en el aptdo.2.1 de la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Mar-

⁹ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. En similar sentido, la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

¹⁰ DOCE núm. C 221, de 19 de julio de 1997. En esta resolución del Consejo de Europa define los menores extranjeros no acompañados como niños y adolescentes menores de 18 años nacionales de terceros países que se encuentran en el país receptor sin la protección de un familiar o adulto responsable que habitualmente se hace cargo de su cuidado, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres

¹¹ Entre otras, Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida; la Directiva 2003/86/CE el Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida o la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

co sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA¹² (en adelante Resolución Protocolo Marco MENA), aunque quedan excluidos de dichas consideraciones los menores que se les aplica el régimen de la UE (aptdo. 2.5 de dicha Resolución). Para éstos últimos, se les aplica las medidas previstas en la legislación en materia de extranjería en lo que pudiera serles más favorable. En todo caso, se debe comunicar la situación de desprotección al Ministerio Fiscal y al Consulado correspondiente, quedando bajo la entidad de protección de menores hasta su entrega a su familia o a la Representación diplomática del Estado miembro correspondiente.

Centrándonos en las tareas de localización e identificación del menor extranjero no acompañado, éstas serán llevadas a cabo por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (art. 190 del RD 557/2011). Cualquier autoridad que localice, acoja o reciba a un menor extranjero debe comunicarlo a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía, al Delegado de Gobierno en Melilla, al Ministerio Fiscal y a la entidad de protección de menores competente en esta Ciudad Autónoma. Si el menor tiene una edad con juicio suficiente, se le informa de sus derechos como posible víctima de trata de seres humanos y, cuando corresponda, sobre la solicitud de protección internacional (art.48 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria¹³, en adelante Ley 12/2009). En cuanto a los menores extranjeros no acompañados que estén bajo la protección de otro Estado miembro de la UE, éstos deben ser devueltos al país que ya ejerce la protección sobre el mismo. Si existiera dudas sobre la edad, ni si quiera se podrían realizar pruebas médicas, debiendo acudir a los instrumentos de cooperación jurídica internacional con la autoridad extranjera que le haya reconocido previamente como menor extranjero no acompañado.

El hecho de que el menor disponga de documentación oficial expedida por su país de origen no compone prueba suficiente sobre la filiación completa del

¹² BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014.

¹³ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

menor, salvo que así venga reconocido en convenios internacionales (art.323 Cc.). Lo que sí supone es un título apto para reconocer la minoría de edad y la filiación, salvo prueba en contrario. El extranjero que posea un pasaporte o documento equivalente de identidad y se desprenda su minoría de edad, no puede ser considerado por la autoridad española como una persona indocumentada para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad sin una justificación razonable¹⁴. Por tanto, en estas situaciones procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable tener que acudir, necesariamente, a las pruebas de determinación de la edad.

En consecuencia, si no hay duda sobre la minoría de edad del extranjero -por su documentación o su apariencia física-, hecho que debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal para incoar diligencias a la hora de su inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (RMENA). Particularmente, el proceso de identificación (Serrano Sánchez, 2021; Duran Ruiz, 2011) incluye la reseña del menor (impresión decadactilar, fotografía, anotación de datos de filiación, centro de protección de menores o de acogida) e inscripción, que gestiona la Dirección General de la Policía bajo la coordinación de la Fiscalía General del Estado¹⁵. Todo ello deriva en que los asientos personales, individualizados y numerados referentes a la identificación de los menores y todos los datos relevantes a su situación en España (art. 215 RD 557/2011). Paralelamente, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad deben ponerlo a disposición del servicio de protección de menores.

¹⁴ La jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS (STS n.º 410/2021, de 18 de junio, n.º 412/2021, de 21 de junio; STS n.º 610/2021, de 20 de septiembre y la STS n.º 796/2021, de 22 de noviembre) estima que si el interesado aporta un acta de nacimiento y un pasaporte que no han sido impugnados no es razonable considerarlo indocumentado a efectos del artículo 35.3 LO 4/2000, no siendo razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por aquellos. En consecuencia, estima que la fiscalía es responsable de discriminación por razón del origen nacional al separarse de la fecha de nacimiento de un documento público extranjero sin impugnarlo, ha provocado múltiples consultas informales por parte de las fiscalías territoriales.

¹⁵ En el caso de España, nos encontramos en la mayoría de los casos vinculados al derecho a la obtención de una documentación por menores extranjeros no acompañados viene plagado de multitud de irregularidades y trabas.

En cambio, si fuese preciso realizar actuaciones para la determinación de la minoría de edad, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado actúan como si de un menor se tratase hasta que sea determinada la edad. El Ministerio Fiscal instruye un expediente de determinación de la edad (Cap. V aptdo.3 de la Resolución del Protocolo Marco MENA), para lo que deben colaborar las instituciones sanitarias que realizan las pruebas necesarias, con carácter prioritario y urgente (art.35.3 LO 4/2000 y art.190.1 del RD 557/2011)¹⁶. Y es que cuando se localiza en España a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad o, tras verificar «un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado no es fiable»¹⁷, el Fiscal dictará el respectivo decreto¹⁸. La finalidad de dicho decreto es establecer de manera urgente el régimen jurídico de aplicación: el sistema de protección del menor o el régimen ordinario de extranjería para el caso de que sea mayor de edad. Por este motivo, éste tiene un carácter provisional, aunque se pueden oponer al mismo¹⁹, modificándolo si existe causa que lo justifique²⁰. El decreto de fiscalía también decide

¹⁶ Hasta la aprobación definitiva de la Ley por la que se regula el procedimiento de evaluación de la edad, se mantiene la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo el criterio de que, si el interesado aporta un acta de nacimiento y un pasaporte que no han sido impugnados, no es razonable considerarlo indocumentado, a efectos del art. 35.3 de la LO 4/2000. Ahora bien, un certificado de nacimiento carece de cualquier valor identificativo si no va acompañado de un pasaporte que permita comprobar la correspondencia de ese certificado con la persona que lo presenta.

¹⁷ Art. 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la redacción de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

¹⁸ En el FJ 5 de la STC 130/2022, de 24 de octubre se recalca la importancia que tienen los decretos de fiscalía dictados al amparo del art. 35 LO 4/2000 para el esclarecimiento de la identidad del menor y su estado civil «al estar vinculadas tales circunstancias a la fecha de nacimiento y ser consideradas un derecho básico de los niños a la luz del art. 8 de la Convención de los derechos del niño...».

¹⁹ El procedimiento de oposición a las medidas administrativas en materia de protección de menores, regulado en el art. 780 LEC, es una de las vías habilitadas en nuestro ordenamiento procesal para instar la revisión de los decretos dictados por el Ministerio Fiscal en el procedimiento de determinación de edad regulado en el art. 35 de la LO 4/2000, en tanto que tales decretos no tienen reconocida una vía judicial de impugnación propia y directa, tal y como se dispone en el FJ 5 del ATC 151/2013, de 8 de julio o en el FJ 5 del ATC 172/2013, de 9 de septiembre.

²⁰ En este sentido, la STC 40/2023, de 8 de mayo de 2023 (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023), en relación con la efectiva impugnación del decreto de la fiscalía de menores sobre determinación de la edad, dictamina la vulneración del derecho a la tutela judicial al dar por concluso el procedi-

sobre la puesta a disposición del menor de los servicios competentes de menores, trasladando esta información a la Delegación de Gobierno competente de la Ciudad de Melilla. Por tanto, los servicios de protección del menor deben informar al menor de todo el proceso y del contenido básico del derecho a la protección internacional, cuestiones que deben quedar constatadas en el escrito.

En casos de duda de la edad del nacional extranjero, el procedimiento para la determinación de la edad debe ir acompañado de las garantías procesales adecuadas y suficientes. Conforme al art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos²¹, el principio de presunción de minoría de edad debe quedar presente como elemento inherente a la protección del derecho al respeto de la vida privada de una persona extranjera no acompañada que declara ser menor. De hecho, cuando se ven afectados los derechos fundamentales, el tribunal debe ajustarse al principio constitucional de protección del interés superior del menor reconocido en el art. 39 de la Constitución Española para atemperar la rigidez de algunas normas procesales y reforzar su derecho a ser escuchado, como parte de su estatuto jurídico indisponible²². Por ello, la realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de estas personas se someterá al principio de celeridad y exigirá el previo consentimiento informado del afectado, realizándose con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son pruebas invasivas²³. De todas maneras, estos aspectos han sido objeto de críticas, pues en algunos supuestos existen contradicciones entre la edad que se establece en el pasaporte (muchos de

miento iniciado por el demandante, fundándose en que este habría alcanzado la mayoría de edad. Por ello, ha de retrotraerse las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera resolución dictada por el juzgado de primera instancia para que proceda en términos respetuosos con el derecho fundamental vulnerado.

²¹ STEDH de 21 de julio de 2022, asunto Darboe y Camara c. Italia, núm. de admisión 5797/17 (ECHR 247, 2022), parágrafos 153 y 154.

²² Tal y como se dispone en el FJ 4 de la STC 64/2019, de 9 de mayo (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019).

²³ En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no pueden aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad (STS 3817/2014, del 24 de septiembre 2014, ECLI:ES:TS:2014:3817, en <https://www.poderjudicial.es/>).

ellos carecen de él) y la edad real²⁴. El Tribunal Supremo ha dictaminado que para determinar la edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, el proceso ha de ajustarse a las formalidades y garantías exigidas en la Resolución del Protocolo Marco MENA, y más concretamente, ha de justificarse y garantizarse la efectiva intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento que se tramite al efecto. En especial resulta muy difícil identificar a un menor de edad sin ningún procedimiento médico, como constata el dictamen del Comité de Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019²⁵ por el que condena a España por una expulsión sumaria de un menor no acompañado que trataba de acceder por la valla de Melilla²⁶. En todo caso, si es necesario el informe médico de determinación de edad, éste ha de contemplar el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pudiera tener²⁷.

En suma, para que las autoridades migratorias puedan identificar correctamente la categoría legal del menor no acompañado, primero se ha de tomar en consideración el interés superior del menor, recopilando la máxima información posible sobre éste en el país de origen, tránsito, y destino. Con esa finalidad, nos valemos principalmente de los mecanismos de cooperación judicial internacional previstos en normas de extranjería de la UE. Primero, se activaría el mecanismo

²⁴ Un ejemplo de ello es la opinión de Lourdes Reyzábal, responsable de la Fundación Raíces: “Las fechas nunca van a coincidir porque la fecha de nacimiento se determina por aproximación en la prueba médica, es una estimación. Cuando el menor consigue después su partida de nacimiento o su pasaporte en la embajada o consulado de su país, las autoridades españolas deciden que las fechas son contradictorias y dan por inválido el documento”, en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/fiscalia-encarga-aun-una-cifra-excesiva-de-pruebas-de-edad-para-ninos-migrantes-a-pesar-de-las-sentencias-del-supremo/>

²⁵ CRC/C/80/D/4/2016.

²⁶ En el caso D.D. c. España, resuelto por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Dictamen CRC/C/80/D/4/2016, el Estado español fue condenado por un rechazo en frontera involucrando a un menor. En este caso, el Comité dictaminó que se había producido una violación de la prohibición de tortura consagrada en el art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño, habida cuenta, entre otros factores, de la violencia que sufren los migrantes en la zona fronteriza y de la ausencia de análisis del riesgo que suponía devolver al menor a Marruecos (Comité de los Derechos del Niño, 2019, p. 12). http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/CRC-C-80-DR-4-2016_devolucion-sumaria-menor-de-edad-Melilla.pdf

²⁷ ATS 2022/756592, de 30 de noviembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:17233A, en <https://www.poderjudicial.es/>.

de identificación por su condición de extranjero, y luego se activaría el mecanismo de Derecho internacional privado de relocalización del menor, valiéndonos de la interpretación del interés superior del menor (Serrano Sánchez, 2023).

Como observamos, es necesario tomar las medidas oportunas para garantizar el derecho a la identidad de los niños extranjeros. Consideramos que los menores que dependan o hayan dependido del sistema específico de protección deben ser documentados lo antes posible o, en su caso, si es necesario acudir a un procedimiento de determinación de su minoría o mayoría de edad, éste debe efectuarse con todas las garantías y con métodos no invasivos para el respeto de todos sus derechos.

II.2. Reagrupación con familiares o retorno al país de origen

En principio, la política de protección sobre los menores extranjeros no acompañados está orientada a la reagrupación familiar en su país de origen o donde resida su familia. Si es factible, se efectuará el retorno o la repatriación al Estado de su nacionalidad o de procedencia, siempre que sea conforme al interés superior y se den las condiciones necesarias para ello²⁸. La prioridad debe darse al desarrollo del menor en el seno de su familia o en un ambiente en el que las tradiciones y valores culturales propios tengan una presencia importante. Si esos factores no concurren, el retorno no sería en interés del menor (art.35.5 LO 4/2000 y Cap. I apart. 3 de la Resolución del Protocolo Marco MENA).

Conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y como consecuencia de la declaración de constitucionalidad de la Disposición adicional décima de la LO 4/2000²⁹ (Fernández Pérez, 2021), se considera que los menores requieren un procedimiento específico e individualizado, y cuentan con un "esta-

²⁸ Estas devoluciones se basan en el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007, BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2013.

²⁹ Disposición interpretada en el FJ 8 C), de la STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015 (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020).

tus especial", por lo que el proceso a seguir con ellos siempre debe tener en cuenta el "interés superior del menor". Ello obliga a analizar su situación de forma específica e individualizada y a la luz de la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional. Esto mismo se señala, incluso con más fuerza en la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ya que nos referimos a niñas y niños, muchos de ellos en grave peligro, y nuestra obligación legal y moral es protegerles.

En caso de imposibilidad de repatriación del menor, como a continuación veremos, se le concede una autorización de residencia temporal de menores no acompañados. La mencionada Resolución del Consejo la Unión Europea de 26 de junio de 1997 se precisaba que la protección de los menores no acompañados debe basarse en que sean devueltos a su país de origen "... en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía". Asimismo, los Estados deben cooperar, tanto entre sí, como con los países de origen de los menores para devolver al menor y sin que ello suponga un riesgo para su seguridad, siempre y cuando sea posible reunirlo con sus tutores legales.

Con motivo del Informe sobre la situación de la infancia Migrante en España de 2019 realizado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el que se identificó y se reiteró la presencia de ciertas prácticas que conducían al constante incumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño, nuestro legislador observó la necesidad de reformar los arts. 196 a 198 del RD 557/2011³⁰. La modificación de estas disposiciones tuvo como objetivo establecer un régimen específico y más favorable para la documentación de los menores extranjeros no acompañados, no solo durante su minoría de edad y cuando están bajo la tutela de los servicios de protección de menores, sino también al alcanzar su mayoría de edad para acceder a la plena integración en la sociedad como adul-

³⁰ Mediante el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021).

tos independientes³¹. En todo caso, se contempla la posibilidad del retorno de estos menores y jóvenes a su lugar de procedencia, mediante el proceso de repatriación y, al alcanzar la mayoría de edad, se les facilita la información y el acceso a los programas de retorno voluntario, tal y como disponen los arts.197.5 y 198.6 del RD 557/2011 (Puerta Vílchez, 2023). De hecho, la concesión de la autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor. Si ésta se produce, se procederá a la extinción de la autorización de residencia.

Si nos centramos en el procedimiento de repatriación de los art. 35 LO 4/2000 y art.191 a 195 RD 557/2011 (López de los Mozos Díaz, 2013), la Delegación del Gobierno de Melilla en cuyo territorio se encuentre el menor extranjero no acompañado será el órgano competente para efectuar los trámites necesarios. En el inicio de estas actuaciones informativas previas (art. 191.2 RD 557/2011), la Delegación del Gobierno melillense solicitará informe a la representación diplomática del país de origen del menor sobre sus circunstancias familiares, aunque también debe averiguar lo oportuno en el servicio autonómico de protección de menores que tenga atribuida su tutela o donde se encuentre acogido, de ser otra Administración autonómica competente. El Defensor del Pueblo³² recuerda el deber legal que le incumbe al Ministerio de Interior de dar cumplimiento a las previsiones del art. 35.7 de la LO 4/2000, solicitando informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen, con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Únicamente, cuando el menor se ha acogido al derecho de asilo, no va a solicitarse el informe ante la correspondiente representación diplomática.

Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tuviese suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a el Estado donde se encontrasen sus familiares o, en

³¹ Véase la parte expositiva del Real Decreto 903/2021.

³² *Vid.* la Recomendación del Defensor del Pueblo del 13 de agosto de 2021, con motivo de la devolución de menores no acompañados en Ceuta.

su defecto, sobre su permanencia en España. De todo lo actuado se informa a la Secretaría General de Inmigración y Emigración, a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y, en su caso, a la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios (art. 191.3 RD 557/2011). A la vista de estos informes, el Delegado competente decide si se inicia el procedimiento de repatriación del menor o no, en cuyo caso, se procede a documentarlo con autorización de residencia. De convenir la iniciación del procedimiento de repatriación, se debe revolver y notificar en el plazo de 6 meses desde la fecha del acuerdo de inicio (art. 194.3 RD 557/2011).

Para las alegaciones y determinación del período de prueba (art. 193 RD 557/2011), se comunica el acuerdo de incoación del procedimiento, se otorga un período de 10 días hábiles para que cualquiera de los notificados formule alegaciones o proponga la realización de pruebas, para lo que se concede un plazo de entre 10 y 30 días. El Ministerio Fiscal emite informe sobre las alegaciones y pruebas que, en su caso, se practiquen. La intervención en esta fase del que haya alcanzado la edad de 16 años puede ser realizada por sí mismo o a través de representante. Si no ha alcanzado esta edad, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. No obstante, el menor, con juicio suficiente, puede manifestar su oposición a la repatriación, en cuyo caso se nombra un defensor judicial (arts. 35.6 LO 4/2000). El Ministerio Fiscal, el propio menor o cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio puede instar a la autoridad judicial el nombramiento del defensor judicial (art. 193.1 RD 557/2011).

En relación con el trámite de audiencia y resolución (art. 194 RD 557/2011), se garantiza la presencia del menor que tenga juicio suficiente para manifestar su opinión. Se convoca al Ministerio Fiscal, tutor y, en su caso, defensor del menor o representante legal. Tras ello, del que queda constancia en acta, el Delegado del Gobierno en Melilla adopta la decisión sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares. También puede acordarse, por el contrario, que permanezca en España. La resolución se notifica a todas las partes en el plazo de 10 días y se informa del derecho de asistencia jurídica gratuita en

caso de que se decida impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa. Todas las actuaciones realizadas en el marco de este procedimiento son registradas en el Registro de menores extranjeros no acompañados.

Por último, en relación con la ejecución de la repatriación, según el art. 195 del RD 557/2011, la competencia recae en el Cuerpo Nacional de Policía. Sin perjuicio de estas funciones, el menor es acompañado por personal del servicio de protección de menores hasta el momento de la entrega a las autoridades competentes de su país. El coste de la repatriación corre a cargo de la familia del menor, de los servicios de protección de su país o de la representación diplomática en España. Si no es posible, lo asume subsidiariamente la Administración General del Estado. Si el menor se encuentra incurso en proceso judicial, la ejecución de la repatriación está condicionada a autorización judicial.

En definitiva, hemos comprobado que entre las soluciones destacables que se ofrecen a este colectivo desde nuestro Derecho de extranjería, resalta la reunificación o repatriación familiar, dado que el derecho a vivir con la familia es el derecho primordial y sustancial del niño o niña, aunque no siempre es la mejor solución, por lo que se deben considerar otros derechos o principios de protección. Por el contrario, si no es posible, la tutela de la entidad pública que tenga lugar será mediante el procedimiento de acogida, es decir, una decisión de permanencia del menor en nuestro país. Ahora bien, el procedimiento de repatriación no puede suponer atajos ni cercenar garantías básicas, tales como no dar audiencia del interesado, no constar con la presencia de un defensor o con la intervención del Ministerio Fiscal.

II.3. Autorización de Residencia en España

Una vez que se acredite que el menor extranjero no acompañado no ha podido ser repatriado y nueve meses después de que el mismo haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores en Melilla, se procederá a otorgarle la autorización de residencia (art. 35.7 LO 4/2000). Más

detalladamente, la Resolución del Protocolo Marco de MENA establece que, una vez transcurridos tres meses desde la puesta a disposición del menor del Centro de protección de menores, es tiempo suficiente para que, por parte de la Entidad pública de protección de menores, se solicite dicho permiso de residencia (Capítulo VI, apartado tercero 1 A). Si éstos son tutelados por la Administración, la solicitud debe ser realizada por el representante legal del menor (art. 196 RD 557/2011).

Si el menor fija su domicilio en Melilla, la Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno iniciará, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia. En cuanto al empadronamiento en dicha ciudad respecto de los menores no acompañados, la STS de 26 de abril de 2022³³ ha anulado un acuerdo del Consejo de Gobierno de Melilla, aprobado el 13 de mayo de 2019, que establecía unas instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de dicha ciudad y la exigencia de visado a los menores procedentes de Nador (Marruecos)³⁴. La Sala del Alto Tribunal considera que el acuerdo “carece de cobertura legal y constituye un trato discriminatorio”, tanto en relación con los menores españoles como el respecto de menores extranjeros de otras procedencias. Principalmente se considera que, al afectar a menores de edad, hay dos normas prioritarias a la Ley de Bases de Régimen Local, como son la Convención de Derechos del Niño de 1989 y la Ley Orgánica de Protección de Jurídica del Menor de 1996, que priorizan el interés superior del menor y reconocen el derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas a los menores extranjeros que se encuentren en España. En consecuencia, no cabe entender que unas instrucciones para la gestión del padrón municipal en un municipio concreto puedan innovar el ordenamiento jurídico que

³³ ECLI:ES:TS: 2022:1591, en <https://www.poderjudicial.es/>

³⁴ En esta resolución se puede observar que Cáritas Española alegaba en su recurso que el empadronamiento constituye un requisito necesario para acceder a servicios básicos esenciales que se encuentran íntimamente vinculados con el ejercicio y disfrute de derechos fundamentales tales como la educación o servicios sanitarios y asistenciales. La parte recurrente defendía que no se pueden establecer requisitos discriminatorios para acceder a esos derechos por parte de menores de edad y que esta exigencia suponía una vulneración de los derechos fundamentales a la educación e integridad física.

ha de examinarse en su totalidad. El Tribunal Supremo concluye, además, que el padrón "no es el instrumento para controlar las estancias irregulares por lo que si de su inscripción se desprenden derechos para los menores de edad no cabe imponer exigencias no previstas por la Ley Orgánica que los protege".

Finalmente, si el menor ha quedado empadronado en Melilla, la Delegación del Gobierno de la Ciudad Autónoma decidirá sobre el fondo del procedimiento y notificará el resultado al menor extranjero no acompañado en un plazo no superior a un mes. Esta resolución se comunicará a la fiscalía dentro de los diez días siguientes a la fecha de emisión. Desde la fecha de notificación de la resolución, el representante legal del menor deberá solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjería o comisaría correspondiente la tarjeta de identidad de extranjero que indicará expresamente "habilita para trabajar de conformidad con el 36.1 y el 41.1 de la LO 4/2000", siempre que el extranjero tenga más de 16 años. Esta habilitación autoriza a trabajar para aquellas actividades que, a propuesta de la entidad de protección de menores, favorezcan su integración social. En caso de actividades por cuenta ajena, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, de conformidad con lo previsto en el artículo 40.1.i) de la LO 4/2000, y tendrá la misma duración que la autorización de residencia, es decir, una vigencia de dos años, retrotrayéndose su eficacia a la fecha de la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores.

Por su parte, el procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia que habilita para trabajar a partir de los 16 años para aquellas actividades que, a propuesta de la entidad de protección de menores, favorezcan su integración social, será iniciado de oficio ante la Oficina de Extranjería competente durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia, sin perjuicio que pueda iniciarse a instancia de parte. En ambos casos, el inicio del procedimiento de renovación prorrogará la validez de la autorización anterior hasta su resolución. También se producirá esta prórroga en el supuesto en que la renovación se tramite dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiere finalizado la vigencia de la anterior autorización. Procederá la re-

novación de la autorización cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial. La vigencia de la autorización renovada será de tres años salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración (art. 196 RD 557/2011).

Ahora bien, se viene criticando que un número significativo de ex menores tutelados ha accedido a la mayoría de edad sin que se haya tramitado su autorización de residencia, pese a haber estado a disposición de los servicios de protección un plazo de tiempo superior al especificado en la normativa aplicable. Otras situaciones pudieron instar la tramitación pocos días antes de cumplir la mayoría de edad. Y es que existen ex tutelados extranjeros que, por desconocimiento, por demora de la Administración en la concesión de la residencia o, incluso, por falta de coordinación entre servicios de protección de menores y Delegación o Subdelegación del Gobierno competente, no han podido acceder a la autorización de residencia. Este tipo de prácticas suponen graves perjuicios a los interesados, como es la incoación de procedimientos de expulsión por situación de irregularidad.

Por consiguiente, la residencia de los menores extranjeros tutelados por la Administración se debería considerar regular a todos los efectos, estableciendo la obligación de otorgar una autorización de residencia que retrotraiga sus efectos al momento de la puesta a disposición del menor de los servicios de protección (art. 35 LO 4/2000). Si no es posible, a los menores sobre los que un servicio de protección de menores ostentara la tutela, custodia, protección provisional o guarda y alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia, pero habiendo cumplido los requisitos para ello, podrán solicitar una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Para tal fin, deberán haber participado en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, lo cual será certificado por esta o, al menos, deberá poder acreditar su integración en la sociedad española (art. 198 RD 557/2011).

Asimismo, se debe entregar a los menores extranjeros no acompañados, en el momento de su acceso a la mayoría de edad, la documentación relativa a su si-

tuación residencial, médica, académica, formativa, así como cualquier otra que figure en su expediente y se considere que puede ser de su interés, a fin de lograr su efectiva integración socio-laboral. Precisamente, el Defensor del Pueblo no entiende justificada dicha falta de entrega a los interesados de la documentación que se encuentra en su expediente de protección, en concreto: tarjeta de Identidad de Extranjero, tarjeta sanitaria, resoluciones de las autorizaciones de residencia obtenidas, resoluciones de desamparo y tutela, documentación médica, certificaciones académicas y de cursos formativos realizados. Según dispone el Defensor del Pueblo, en cumplimiento de lo previsto en el art. 35.7 de la LO 4/2000, y en su condición de tutor legal, la Consejería de Bienestar Social de la Ciudad Autónoma de Melilla tiene obligación de instar ante la Delegación del Gobierno en Melilla la tramitación de la autorización de residencia que le corresponde a los menores extranjeros no acompañados. La obligación que le incumbe en condición de tutor legal, en cumplimiento del art. 4 LO 4/2000, es la de hacer efectivo el derecho y remover todos los obstáculos que existan para que el menor extranjero tutelado conserve la documentación que acredite su identidad, así como la que certifique su situación en España.

Respecto del nombramiento del representante legal, del tutor, o a la determinación del acogimiento del menor extranjero, estas cuestiones quedan incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 2019/1111 o, en su caso, en el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores. Por tanto, al menor que le es de aplicación la normativa de extranjería, la de protección internacional, también se debe atender a lo dispuesto por el DIPr. en relación con las concretas medidas de protección a adoptar (nombramiento de representante legal, de tutor, acogimiento, etc.). Partiendo de este contexto, este entramado normativo ocasiona ciertas distorsiones en la práctica: las ocasionadas por la distinta noción de «menor» en las legislaciones de extranjería y de asilo y las ocasionadas por emplear distintas normas de atribución de competencia para las cuestiones de DIPr. (Chéliz Inglés, 2021. Requejo Isidro, 2015). Observamos, por tanto, una estrecha vinculación entre las reglas de Derecho privado y las de Derecho público, solucio-

nes que van a resultar aplicables en estas situaciones y que deben quedar coordinadas en aras de garantizar una adecuada protección de los menores extranjeros (Ruiz Sutil, 2022).

Para los que fueron tutelados y que dispongan de autorización de residencia, cuando alcancen la mayoría de edad, éstos podrán solicitar su renovación en la Oficina de Extranjería donde haya fijado su residencia, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento de renovación (art. 197 RD 557/2011).

Durante la época COVID, la Secretaría de Estado de Migraciones, con el objeto de facilitar la inclusión de menores no acompañados y jóvenes tutelados al mercado de trabajo, publicó la Instrucción de la DGM 1/2020³⁵, que permitió trabajar a los menores sin familiares en los sistemas de protección, de entre 16 a 18 años, para así equipararlos con los demás jóvenes de nuestro país. En este tiempo, también los jóvenes de entre 18 a 21 años con autorización de residencia y trabajo que fueron empleados en el sector agrario, se les podía conceder una autorización de residencia de 2 años renovables, con la posibilidad de obtener posteriormente la de larga duración (Instrucciones DGM 9/2020)³⁶.

En la última reforma del RD 557/2011, dirigida a los menores extranjeros no acompañados y jóvenes tutelados, se ha facilitado el acceso a la residencia durante la minoría, ha asegurado que lleguen documentados a la mayoría de edad, ha ampliado la duración de las residencias frente al régimen anterior. Ahora, consideramos que los jóvenes extutelados tienen un régimen propio de extranjería, con requisitos de renovación más ajustados a su realidad y con posibilidad de regularizarse si tienen entre 18 y 23 años, cuando éstos no pudieron acceder a la autorización de residencia o no pudieron renovarla, por los estrictos requisitos que existían con anterioridad. No obstante, aún quedan retos por conseguir, como es permitirles acceder a la nacionalidad española por residencia con un plazo más redu-

³⁵ Consultar <https://inclusion.seg-social.es/web/migraciones/instrucciones>

³⁶ Consultar <https://inclusion.seg-social.es/web/migraciones/instrucciones>

cido.

III. Acceso al procedimiento de asilo

III.1. Solicitud de asilo por menores no acompañados en Melilla

El sistema de asilo de la Convención de Ginebra de 1951³⁷ garantizará la protección internacional a la persona que huye de su país de origen por temor fundado a ser perseguida, evitando que sea devuelta a dicho territorio donde su vida o su libertad estuvieran amenazadas, protegiéndola con principio de *non-refoulement*. Según el art. 1.2 de esta Convención, los motivos de persecución son por raza, religión, nacionalidad o pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

Respecto a la persecución sufrida, las razones de la huida de los menores pueden ser similares a las de los adultos, pero, en ocasiones, son propias de su grupo, como cuando escapan del trabajo infantil, de la trata de menores o del matrimonio forzado. Precisamente, las Directrices de ACNUR³⁸ insisten en que hay que tener en cuenta la educación, el nivel de ingresos, por ejemplo, la situación de los menores sin hogar, el mayor riesgo, las mujeres jóvenes embarazadas, etc...

Además, si el agente perseguidor no es el propio Estado, se requiere, para ser reconocido como refugiado, que las autoridades estatales no quieran o no puedan ofrecer la protección necesaria. Los menores se encuentran especialmente en riesgo en relación con agentes no estatales, tales como grupos armados, bandas criminales, comunidades o sectas religiosas, empleadores sin escrúpulos o sus propios progenitores o familiares. Resulta esencial tener en cuenta las dificultades que un menor puede tener para acceder a sus autoridades en busca de protección, el grado de credibilidad que las mismas puedan otorgar a sus alegaciones, su ca-

³⁷ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978

³⁸ Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/09/08, de 22 de diciembre de 2009.

pacidad para expresar y exteriorizar sus miedos y vivencias o la conciencia que puedan tener de sus propios derechos. En ocasiones, los menores simplemente abandonan su país sin cuestionarse la posibilidad de adoptar otra alternativa. Es posible, por ejemplo, que el menor tenga limitados conocimientos sobre la realidad de su país de origen o que sea incapaz de explicar las causas o el contexto en el que se ha producido la persecución sufrida o la que teme sufrir en caso de ser devuelto a su país de origen. Los menores pueden tener dificultades a la hora de expresar sus miedos por diferentes motivos, tales como traumas, instrucciones paternas, falta de educación, temor de las autoridades de su país de origen o de las personas en posición de poder sobre ellos a causa de posibles represalias. En ocasiones han sido obligados a contar una historia falsa y será difícil conseguir que cambien su relato. La distorsión de la realidad o la omisión de información vital son frecuentes y puede resultarles difícil diferenciar entre la realidad y la ficción, de forma que lo que podría ser considerado como una mentira en el caso de un adulto no necesariamente lo es al tratarse de un menor. De esta forma, aunque la edad no está específicamente mencionada en la definición de refugiado de la Convención de Ginebra, se trata de un factor decisivo a considerar para asegurar una decisión adecuada en las solicitudes de Protección Internacional formuladas por menores.

Si nos centramos en las solicitudes de protección internacional presentadas en Melilla en 2022, se han registrado 708 en frontera y 2.303 en territorio melillense³⁹. A raíz de la Instrucción de la Subsecretaría del Ministerio del Interior del 7 de junio de 2021, acerca de la tramitación del procedimiento de protección internacional de solicitudes presentadas en las ciudades de Ceuta y Melilla, se autorizaba, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁴⁰, a priorizar la instrucción de las solicitudes de protección internacional presentadas en dichos territorios. La aplicación de estas medidas permitió obtener cifras récord en la

³⁹ Informe CEAR 2023, p. 92.

⁴⁰ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

formalización de solicitudes en ambas Ciudades Autónomas⁴¹. Simultáneamente, se puso en marcha un proceso de atención específica a los menores, todo ello derivado de la crisis de mayo de 2021 en la frontera de Ceuta⁴². A partir de estas situaciones, se ha autorizado la instrucción prioritaria de los expedientes de solicitantes más vulnerables, particularmente niños y niñas con antecedentes de malos tratos o acoso, potenciales víctimas de trata. Sin embargo, existen una serie de efectos negativos en el acceso al asilo derivados de la activación de relaciones entre España y Marruecos el 17 de mayo de 2022, ya que la apertura de las fronteras terrestres ha supuesto que únicamente accedan a territorio melillense las personas que disponen de un visado o permiso de residencia vigente, quedando sin efecto la anterior exención de visado para los residentes en la provincia vecina de Nador⁴³. Esta intensificación de los controles fronterizos melillenses viene favoreciendo la activación de mafias de tráfico de personas, provocando riesgos para la vida de los inmigrantes que cruzan las fronteras, en particular para los menores sin familias.

Técnicamente, si abordamos la solicitud de asilo en frontera, art. 21 de la Ley 12/2009 la concibe para cuando la persona no reúna los requisitos necesarios a la hora de efectuar su entrada al territorio español. Lo relevante de este procedimiento es que, teóricamente, las personas aún no han entrado, por lo tanto, deben permanecer retenidas en unas dependencias habilitadas al efecto (art. 22) durante al menos cuatro días hábiles que dispone la Administración para dictar una resolución que acuerde la (in)admisión a trámite de la solicitud o la denegación de la solicitud de asilo. Ello puede alargarse más aún si, antes de que la persona sea devuelta, se planteara algún recurso contra la inadmisión o la denegación. Desde una perspectiva jurídica garantista, tal y como ha manifestado el Defensor del

⁴¹ La puesta en marcha de esa Instrucción ha permitido aumentar la rapidez en la formalización de las peticiones de asilo, tal y como se extrae del Informe de actividad de la OAR de 2021, en <https://www.interior.gob.es>.

⁴² Vid. <https://elpais.com/espana/2021-05-19/que-esta-pasando-en-ceuta-claves-de-la-crisis-entre-espana-y-marruecos.html>

⁴³ Informe CEAR 23, p. 92

Pueblo⁴⁴, resulta especialmente reprochable que, por un lado, se pueda entrar al fondo de la solicitud en un plazo tan breve, sin apenas una instrucción, para ser resuelta por personal que no siempre está formado y, por el otro lado, es cuestionable que una persona permanezca en situación de retención tantos días, superando incluso el límite constitucional de 72 horas máximas de detención policial (Torres Rodríguez, 2023). En estos contextos fronterizos, las autoridades responsables de las solicitudes de asilo se muestran reticentes a la hora de otorgar credibilidad al relato de estos solicitantes para admitir a trámite la solicitud de asilo. A ello se une que, en gran medida, la intención de los menores no acompañados solicitantes de asilo es la de marcharse a otros países europeos en busca de refugio, cuestión que dificulta la búsqueda de la autoridad responsable de la solicitud de asilo conforme al Reglamento de Dublín III⁴⁵.

Las dinámicas de las solicitudes de asilo en Melilla son diferentes, ya que el acceso al sistema de asilo se produce en unas circunstancias muy extremas cuando las personas llegan a través de la Frontera Sur, observando que las nacionalidades africanas son las que en mayor medida solicitan asilo en esta zona melillense (Barbero González, 2021). Si allí se formulan, existen numerosos obstáculos derivados del férreo control policial del cruce de fronteras de forma irregular, del rechazo en frontera o de las consecuencias de la contención en centros de estancia temporal⁴⁶. En cuanto al trato de los MENAS y la gestión de las fronteras terres-

⁴⁴ Defensor del Pueblo, 2017: 32.

⁴⁵ Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un tercer país nacional o apátrida (refundición), DOUE L 180/31, de 29 de junio de 2013.

⁴⁶ Informe CEAR 2020, pp. 88 y ss. se declara que existe una práctica consistente en mantener retenidas más tiempo a las personas que solicitan protección internacional en los CETI que a las personas a las que se les incoaba una orden de devolución. La alta discrecionalidad/arbitrariedad de la Administración a la hora de determinar los requisitos técnicos, los estatus jurídicos y la documentación válida para el viaje a la península han servido para que algunos colectivos hayan permanecido atrapados en estos espacios. En este sentido, son ya varias las sentencias del Tribunal Supremo que confirman –de «interés casacional»– que “cualquier persona que, habiendo solicitado protección internacional en Ceuta o Melilla, tiene derecho a la libertad de movimiento, y a fijar su residencia en cualquier otra ciudad, sin que pueda limitarse dicho derecho por la Administración por su condición de solicitante de la protección internacional y siempre con la obligación del solicitante de

tres en Melilla, debemos prestar atención a la práctica del rechazo en frontera recogida en la Disposición Adicional Décima de la LO 4/2000 respecto de los menores extranjeros (Ruiz Sutil, 2016; Espiniella Menéndez, 2016), ya que serían doblemente discriminados si esta figura se activara. Esencialmente, se incumpliría el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁷, que menciona de manera específica la necesidad de “no devolución”⁴⁸, ya que los Estados miembros deben tener en cuenta primordialmente el interés superior del niño, la vida familia y su estado de salud. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha abordado los derechos de estos menores en numerosas observaciones generales, aprobando un *corpus* de ineludible referencia para los Estados y las entidades de ayuda a los refugiados y a los menores no acompañados (Pérez Salom, 2023). Asimismo, no se observaría lo dictado en el art. 35 de la LO 4/2000 y en el art. 48 de la Ley 12/2009 dedicadas a los menores no acompañados y el procedimiento a seguir cuando lleguen a territorio español, debiendo adoptar medidas en estas especiales circunstancias. Con motivo de esta actuación de «rechazo en frontera» de nuestra LO 4/2000, los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables,

comunicar a la Administración dicho cambio de domicilio”, como destaca, entre otras, la STS 173/2021, de 10 de febrero de 2021, que resuelve un caso en Melilla, recurso que fue promovido por el Servicio Jesuita a Migrantes (SJM).

⁴⁷ Directiva 2008/115/ce del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE L 348/98, de 24 de diciembre de 2008.

⁴⁸ Véase el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951. En el ámbito de la Unión Europea, se plasma el principio de no devolución en el art. 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales y el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. De hecho, la STEDH 13 de febrero de 2020, caso N.D. y N.T. c. España (demandas núms. 8675/15 y 8697/15) recuerda a España, país que tiene fronteras exteriores de la UE, el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para que todas las personas que se enfrenten a una persecución, con riesgo para su vida o integridad, y alcancen las fronteras puedan presentar una solicitud de protección, ex art. 3 CEDH, en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales y el propio Convenio europeo de derechos humanos (§ 209). Y concluye que, si tales medios existen y son efectivos, los Estados «podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes [...], estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado [...]» (§ 210). Se hace una apelación específica a las necesidades de protección de las personas especialmente vulnerables, como es el colectivo de menores no acompañados.

entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando vengan sin adultos que los acompañen). Hay que cuidar la especial salvaguardia de los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, ya que son personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables. Las consecuencias de una mala práctica pueden llevar agravar los derechos de estos colectivos, al impedirles el acceso al derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE. En su condición de menores no acompañados, el Comité de los Derechos del niño⁴⁹ insiste en que si van a ser devueltos a Marruecos cuando han entrado a través de la valla de Melilla, se debe escuchar previamente sus circunstancias personales para realizar una evaluación previa sobre la existencia de un riesgo de persecución y/o daño irreparable⁵⁰ si se perpetrara su deportación a Marruecos. En un contexto de migración internacional y a la luz de la situación de violencia contra migrantes en la zona fronteriza y del maltrato que puedan sufrir, el Comité considera que la necesaria apreciación del eventual riesgo de daño irreparable para el niño o niña, teniendo en cuenta los arts. 3 y 37 de la Convención.

La llegada de menores extranjeros no acompañados con necesidades de protección internacional a la Ciudad Autónoma de Melilla agrava la delicada situación a la que se enfrenta su sistema de protección de menores. En particular, el art. 21 de la Directiva 2013/33/UE de condiciones de acogida⁵¹ enumeran, de manera no exhaustiva, las personas con necesidades especiales⁵², como son, entre otros los menores, menores no acompañados. También la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos de asilo⁵³ recoge en el art. 15.3. a) que las personas que llevan a

⁴⁹ Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 4/2016, CRC/C/80/D/4/2016.

⁵⁰ Observación General No 6 del Comité: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6), párr. 27.

⁵¹ La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, *DOUE* núm. 180, de 29 de junio de 2013.

⁵² En este sentido, *vid.* FJ 4º de la STS de 31 de marzo de 2014, REC: 2619/2013.

⁵³ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre pro-

cabo las entrevistas tengan las capacidades necesarias para “poder tener en cuenta las circunstancias personales y generales que rodean la solicitud, incluidas las raíces culturales del solicitante, su género, su orientación sexual, su identidad de género o su vulnerabilidad”. El sistema español, por su parte, establece un concepto de vulnerabilidad en el art. 46.3 de la Ley de Asilo, optando por un *numerus apertus*, tales y como, por ejemplo, menores en familia o no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos (García Ruiz, 2007). Por consiguiente, vistas las consideraciones enmarcadas en las políticas de la UE y españolas en materia de asilo⁵⁴, en los procedimientos de solicitud de protección internacional de los que sean especialmente vulnerables, como los menores no acompañados⁵⁵, se deben adoptar medidas necesarias para otorgar un tratamiento diferenciado y específico.

Al identificarlos como menores no acompañados solicitantes de protección internacional, éstos serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, hecho que se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal. En este sentido, el Gobierno de Melilla ha ido desarrollando proyectos para la integración social y laboral de los menores extranjeros no acompañados con necesidad de protección internacional y la posibilidad de su traslado a la península. Una vez formulada la solicitud de protección internacional y respetando el interés

cedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, *DOUE* núm. 180, de 29 de junio de 2013.

⁵⁴ AA.VV., Colectivos vulnerables en el sistema de asilo. Una aproximación a las necesidades de la infancia, personas LGTBI+ y víctimas de trata, en https://lamercedmigraciones.org/images/IMG-lamerced/Noticias/Informe-PSR/INFORME_COLECTIVOS_VULNERABLES_18_12_19.pdf (consultado el 3 de abril de 2023).

⁵⁵ Se consideran personas especialmente vulnerables, entre otros supuestos, los menores no acompañados, tal y como se señala en el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación nº 4/2016 (CRC/C/80/D/4/2016) o en el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación nº 11/2017 (CRC/C/79/D/11/2017).

superior del menor, se viene garantizando que la recogida, el tratamiento y la comunicación de la información de forma confidencial referente a estas personas a fin de no poner en peligro su seguridad, conforme a la disposición 24.3 de la Directiva 2013/33/UE. Además, se debe iniciar rápidamente la búsqueda de los miembros de la familia de estos niños con la asistencia, en su caso, de las organizaciones internacionales u otras entidades competentes, salvo que el motivo de persecución venga relacionado con su familia.

En todo caso, contemplamos que la legislación española relativa a la protección internacional aplicable a los menores extranjeros no acompañados está formulada para casos genéricos de adultos y no se contempla un cuerpo específico para este colectivo. Existen disposiciones sueltas que aluden a los mismos, como por ejemplo cuando se dispone que es posible acogerse al procedimiento de urgencia del art. 25.1.b) Ley 12/2009, siempre que no vaya en detrimento de un estudio en profundidad de la solicitud y que cumpla los principios de calidad, justicia y eficacia, por lo que la Administración debe mostrar la necesaria flexibilidad. No obstante, echamos en falta un estatuto del menor solicitante de asilo que contemple, entre otras cuestiones, aquellas situaciones en los que el menor alcanza la mayoría de edad durante el transcurso de la tramitación de su expediente, pues era un niño en el momento de producirse los hechos que provocaron su temor a sufrir persecución y su consiguiente salida del país. Desde la perspectiva del ACNUR⁵⁶, el menor que alcance la mayoría de edad durante la tramitación de su expediente de asilo, el estudio de su solicitud debe ser desde el prisma de su minoría de edad, pues la persecución se produjo durante la misma.

Para evitar resultados negativos en dichos procedimientos, si se llegara a reformar la normativa de asilo en nuestro país, se debería implantar específicamente las cuestiones relativas al nombramiento de un tutor o representante del menor sin familia conforme a la correspondiente legislación de DIPr. La representación legal del colectivo constituye una garantía procesal significativa para el respeto

⁵⁶ Véase sus Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/09/08, de 22 de diciembre de 2009, puntos 76 y siguientes.

del interés superior del menor no acompañado en los procedimientos de solicitudes de asilo, tal y como viene contemplando la normativa internacional al respecto. En tal sentido, el art. 7 de la Directiva 2013/32/UE⁵⁷ insiste que, para la formalización del procedimiento de asilo por menores de edad acompañados, éstos deben comparecer con su representante legal. Esta representación debe efectuarse por la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, debidamente acreditada; o por la persona que presente un poder notarial en el que el padre, madre, tutor o curador le otorgue la correspondiente autorización. Por consiguiente, a la vista la situación y la imposibilidad de proceder de este modo, la Oficina de Asilo y Refugio española está valorando las distintas posibilidades que permite la normativa vigente para que, de forma inmediata, sean nombrados los representantes de estos menores. En particular, para que actúen en su nombre y les asista en el examen de la solicitud de protección internacional⁵⁸. La recomendación del Defensor del Pueblo en este sentido indica que, aunque no tengan representante legal, en aplicación del art. 7 de la Directiva 2013/32/UE⁵⁹ y del art. 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre⁶⁰ se formalice en todo caso la petición de asilo. La infancia necesi-

⁵⁷ Que dispone que los Estados miembros garantizarán que el menor tenga derecho a formular una solicitud de protección internacional bien en su propio nombre, si tiene capacidad jurídica para actuar en procedimientos con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate, bien a través de sus padres u otros familiares adultos, o de un adulto responsable de él, en virtud de la legislación o los usos y costumbres nacionales del Estado miembro de que se trate, o a través de un representante. El apartado 5 del citado artículo establece que los Estados miembros podrán determinar en su legislación nacional, entre otros, los casos en que un menor puede formular una solicitud en su propio nombre.

⁵⁸ En caso de indocumentados, el art. 211.3 del RD 557/2011 se dispone que para acceder a la cédula de inscripción, debe acreditar por el interesado ante el notario la ausencia de documento original de identificación, ya que no pudo ser documentado por la misión diplomática u oficina consular correspondiente mediante acta notarial. Precisamente el Reglamento Notarial, en su art. 163, permite la comparecencia ante notario sin aportar documento de identidad, cuando manifieste carecer del mismo y que la finalidad del documento otorgado sea exclusiva y precisamente la de hacer manifestaciones u otorgar poderes en relación con un expediente administrativo o judicial de asilo, acogida de refugiados, repatriación u otro similar, siempre que quede constancia de la huella digital y de fotografía del compareciente.

⁵⁹ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DOUE núm. 180, de 29 de junio de 2013.

⁶⁰ El art. 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 02 de octubre de 2015), dispone que tendrán capacidad de obrar ante las administraciones públicas “Los menores de edad para el ejercicio y defensa de

tada de protección internacional debe tener los mismos derechos que un adulto para presentar su solicitud de asilo si se estima que en función de la edad y grado de madurez pueden efectuarla, con independencia de que posteriormente se complete su capacidad de obrar. Si no fuese así, se le impedía acceder a la protección legal correspondiente o, incluso, no podrían acogerse a los mecanismos para la detección, identificación y protección de las víctimas de trata que accedan a territorio español por puesto no habilitado (Fábrega Ruiz, 2011; Alcázar Higuera y Fábrega Ruiz, 2021). En este sentido, recordamos que los menores solicitantes de protección internacional que hayan sido víctimas de cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano, o degradante, o que hayan sido víctimas de conflictos armados deben recibir la asistencia sanitaria y psicológica adecuada y la asistencia cualificada que precisen (Durán Ruiz, 2011).

En suma, debemos insistir que estos problemas jurídicos originados por la ausencia de representante legal se solucionarían si se proyectara y se aprobara legislativamente un cuerpo normativo claro y eficaz sobre la protección en España de los menores extranjeros no acompañados. La situación especialmente delicada de éstos ante su llegada a Melilla evidencia que el acceso al sistema de protección internacional tiene fisuras, aunque somos conscientes de las dificultades y la superación de los numerosos obstáculos por los agentes implicados en estos asuntos.

III.2. Refugio, protección subsidiaria o razones humanitarias: tres figuras de la protección internacional

La resolución favorable a la petición de protección internacional solicitada por el menor extranjero no acompañado conlleva el reconocimiento de la condición de refugiado (art. 36 Ley 12/2009), conforme a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951. Esta solución supone un nivel de protec-

aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”.

ción alta para el menor solicitante de asilo.

No obstante, el interesado podría ser beneficiario de una protección subsidiaria en aquellos casos en los que las autoridades españolas consideren que, a pesar de no reunir los requisitos para ser reconocido como refugiado porque la persecución no se ha podido demostrar que es individual, entre otras cuestiones, puede que existan motivos fundados para suponer que si retornase a su país de origen se enfrentaría a un riesgo real de sufrir daños graves descritos en el art. 10 de la Ley 12/2009⁶¹ (Torres Rodríguez, 2023). Esta categoría jurídica es de creación europea⁶², implementada por nuestra la Ley 12/2009. Para entender tal necesidad, los riesgos expresados en el citado art. 10 deben de afectar de forma directa a la persona solicitante de protección internacional, tal y como aclara la jurisprudencia española⁶³. De hecho, la práctica jurisprudencial establece que “para valorar la procedencia de la protección subsidiaria habrá que ponderar no tanto la credibilidad de su relato⁶⁴, sino además la situación de su país de origen y el ries-

⁶¹ Sobre dicha definición véase, entre otras, la STS nº 5515/2016, de 19 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5515, en <https://www.poderjudicial.es/>

⁶² En el marco europeo, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional (denominada Directiva de reconocimiento). El sistema de asilo europeo, además, se complementa con la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (conocida como Directiva de procedimiento) y con la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (llamada Directiva de acogida).

⁶³ Cfr. FJ 4º de la SAN 599/2023, de 20 de febrero de 2023, ECLI:ES:AN:2023:599, en <https://www.poderjudicial.es/>.

⁶⁴ Según el ACNUR, «la credibilidad se establece cuando el solicitante ha presentado una solicitud coherente y verosímil, que no contradice hechos de conocimiento público y que, por lo tanto, en su conjunto, puede resultar creíble», en ACNUR (16 de diciembre de 1998). Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo, punto 11, disponible en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=595a2a3811>. De esta definición se desprende que estos criterios corresponden a uno de los requisitos acumulativos previstos en el artículo 4, apartado 5, de la Directiva 2004/83 del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. A saber, se exige que «las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso» [artículo 4, apartado 5, letra c)]. Se deduce de ello que este criterio debe ser apreciado por la autoridad decisoria en el marco de su

go de sufrir alguno de los daños graves mencionados en el art. 10 de la Ley de Asilo⁶⁵.

La cobertura en materia de residencia y trabajo que se otorga con la concesión de la protección subsidiaria es similar a la que corresponde al estatuto de refugiado, tal y como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley de Asilo. De hecho, a los refugiados y a las personas beneficiarias de protección subsidiaria que se encuentren en territorio español y que se les haya otorgado el respectivo estatuto se les dispensa una autorización de residencia de larga duración para residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles (32.3.bis LO 4/2000). Y es que la protección concedida con el estatuto de refugiado y con la protección subsidiaria se equipara en la legislación de asilo y confiere a la persona beneficiaria los derechos enunciados en el art. 36 de la Ley 12/2009.

Cuando no cabe otorgar el estatuto de refugiada ni es posible conseguir la protección subsidiaria para los menores no acompañados que tengan temor a sufrir daños graves si éstos regresaran a su país de origen, subsidiariamente se podrá conceder una autorización de residencia por razones humanitarias⁶⁶. Esta so-

obligación de efectuar una evaluación individual de una solicitud de protección internacional teniendo en cuenta, en especial, la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, con arreglo al artículo 4, apartado 3, letra c), de dicha Directiva. En este sentido, es preciso observar que el Tribunal de Justicia ya ha recordado la exigencia que se impone a las autoridades competentes, con arreglo al artículo 13, apartado 3, letra a), de la Directiva 2005/85, donde se establece los requisitos de una audiencia personal. En consecuencia, los Estados miembros deben asegurar que la persona que vaya a celebrar la audiencia sea suficientemente competente y que los solicitantes puedan acceder a los servicios de un intérprete que les brinde asistencia. Además, según el artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/83, se ha de celebrar la audiencia teniendo en cuenta las circunstancias personales o generales que rodean la solicitud, incluida la vulnerabilidad del solicitante, y de efectuar de manera individual una evaluación de dicha solicitud teniendo en cuenta la situación particular y las circunstancias personales de cada solicitante. Sentencia de 2 de diciembre de 2014, A y otros (C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406), apartado 70). Más sobre el tema, *vid.* las Conclusiones del Abogado General, el Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 16 de febrero de 2023 sobre el Asunto C-756/21.

⁶⁵ STS 4608/2015, de 4 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4608, en <https://www.poderjudicial.es/>.

⁶⁶ Sobre las autorizaciones de residencia por razones humanitarias ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de marzo de 2020 (casación 868/2019), que distingue la existencia de un régimen general y un régimen especial. Además, según la STJUE de 23 de mayo de 2019, Bilali, C-720/17, apartado 61), de la lectura del art. 2, letra h), in fine, de la Directiva 2011 de requisitos, se desprende que no se opone a que una persona solicite protección en el marco

lución queda enmarcada en los arts. 37 de la Ley 12/2009 y el 125 del RD 557/2011, consistente en una autorización de residencia en España, otorgada por parte de Ministro de Interior a aquellas personas cuya solicitud de estatuto de refugiado o protección subsidiaria han sido denegadas. Por tanto, siempre que el Ministro del Interior la autorice, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio⁶⁷, esta autorización de residencia también vendrá aparejada con una autorización de trabajo (art. 129.1. 2º RD 557/2011).

A través de la diferente perspectiva de examen y valoración de las circunstancias concurrentes que ha de emplearse en cada categoría⁶⁸, se puede llegar a reconocer a alguna de las figuras de la protección internacional, incluso una autorización de permanencia por razones de protección en estas especiales circunstancias. En estas decisiones, la jurisprudencia establece que "...conviene dejar sentado que la petición de permanencia en España por razones humanitarias, en el contexto de una petición de asilo, no puede convertirse en un mecanismo para eludir el cumplimiento de las previsiones en materia de extranjería ni para esquivar de las resoluciones administrativas firmes dictadas en los procedimientos de expulsión..."⁶⁹. En todo caso, la residencia por razones humanitarias puede ser concedida sobre la base de los concretos escenarios del solicitante de asilo, como es el caso de un menor de edad no acompañado, en conexión con el estudio de sus circunstancias personales y la degradación o el empeoramiento que le supondría su vuelta al Estado de origen. Según los términos establecidos en la jurisprudencia, cuando se interprete la expresión razones humanitarias, éstas deben ser suficientemente precisas en relación con la situación personal de la interesada o del

de "otra clase de protección" que esté fuera de su ámbito de aplicación. De hecho, esta Directiva admite que los Estados miembros de acogida puedan conceder, en virtud de su Derecho nacional, una protección nacional que permita a las personas excluidas del estatuto de protección subsidiaria permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate, aunque quede fuera del sistema de protección internacional. En mismo sentido, el FJ 5ª de la SAN 282/2021, de 27 de enero de 2021, ECLI:ES:AN:2021:282, en <https://www.poderjudicial.es/>

⁶⁷ También se puede conceder en los supuestos regulados por la normativa sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (art. 37.b de la Ley 12/2009, en conexión con el art. 125 del RD 557/2011).

⁶⁸ Sobre el tema véase SAN del 5 de mayo de 2021, REC:599/2019.

⁶⁹ STS 3836/2016 de 26 de julio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3836, en <https://www.poderjudicial.es/>

país de origen o procedencia⁷⁰.

En definitiva, a pesar de que la realidad de las personas menores extranjeras no acompañadas necesitadas de protección internacional sea extremadamente compleja, tal y como declara ACNUR, se debe procurar a esta infancia el derecho a vivir en un lugar seguro.

IV. A modo de conclusiones

En este trabajo se han indicado la complejidad de enlazar las respuestas de unas legislaciones restrictivas de derechos, como es la de extranjería y la del asilo en el sistema español, con otra normativa promotora de los mismos, como es la de protección de la infancia, lo que genera una práctica compleja en el trato a los menores extranjeros que llegan solos a la frontera de Melilla. La titularidad de sus derechos está constantemente puesta en duda y no siempre existe una actuación por parte de las diferentes administraciones que hagan prevalecer el interés superior del menor de este colectivo. En concreto, estos puntos de fricción están, por ejemplo, en la práctica de los rechazos en frontera y el respeto a los derechos fundamentales de estas personas menores; en el modo en que se aplican las pruebas de determinación de la edad o en los retrasos o ausencias a la hora de nombrar el representante legal, figura determinante en las tramitaciones de la autorización de residencia y a la largo del proceso de solicitud de asilo. Estas carencias afectan a los MENAS, al otorgarles respuestas inadecuadas o discriminatorias, pero también perjudica de forma global a la política migratoria de la UE.

En este contexto, las principales preocupaciones en la materia de menores

⁷⁰ Cfr. La STS 3836/2016 (Sala de lo Contencioso, Sección 3) de 26 de julio de 2016; la STS 1884/2019, de 10 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1884), en <https://www.poderjudicial.es/>, donde rechaza otorgar las razones humanitarias en esta solicitud, ya que se reiteran los hechos por los que se solicita el asilo y la protección subsidiaria y se advierte de la improcedencia, ya que se hizo en el suplico del escrito de interposición insta *ex novo* con el carácter subsidiario a una hipotética desestimación de su pretensión principal (reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, de una concesión de la protección subsidiaria). Además, se añade que las razones alegadas para la autorización de residencia por razones humanitarias no difieren de las esgrimidas para la solicitud de asilo y de protección subsidiaria.

extranjeros no acompañados tienen que ver con el acceso a los diversos procedimientos, especialmente cuando se inician en los puestos fronterizos, tal y como sucede en el caso de Melilla. Cuando se identifica a una persona en situación de vulnerabilidad hemos comprobado que una de las primeras cuestiones a valorar es su edad.

Esta cuestión tiene una importancia fundamental, dado que el resultado de tal prueba determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como menor y el disfrute de los derechos contenidos en la Convención de los derechos del niño o, en su caso, será excluido de dicho amparo. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña. A pesar de que estas pruebas se contemplan en la legislación española como un mecanismo formal de identificación de la edad, en la práctica siguen generando controversias y preocupación entre los profesionales, pues en ocasiones se impiden el efectivo ejercicio de los derechos del niño, tal y como ocurre con el acceso al asilo.

En el marco del Derecho de extranjería, hemos destacado el impacto de la reforma del RLOE relativa al régimen jurídico de las personas extranjeras menores no acompañadas y a las personas extuteladas entre 18 y 23 años. El propósito de estas modificaciones fue favorecer la integración de este colectivo y evitar la irregularidad sobrevenida al cumplir la mayoría de edad. No obstante, proponemos que hay que ir hacia un verdadero estatuto del menor extranjero no acompañado, en el que consten las respuestas jurídicas a las distintas situaciones planteadas. Y es que no basta con que la protección del menor se reconozca en textos normativos, sino que resulta primordial que existan medios efectivos para ello en cada una de las etapas que pueden suscitarse.

Desde el derecho de asilo, las circunstancias en las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados en situaciones fronterizas vienen ocasionando ciertos vacíos administrativos desde la perspectiva de la protección internacional. En este trabajo hemos tratado de valorar los distintos escenarios en los que se han de apuntar las salvaguardias en relación con los solicitantes.

tes de asilo que tienen necesidades especiales de protección, como sucede cuando la persona menor proviene de un territorio en el que existe un riesgo de persecución. También se deben de extremar las cautelas cuando éstos pueden ser potenciales víctimas de la trata de seres humanos. Los fallos en los mecanismos formales de identificación de dichas vulnerabilidades amenazan al sistema de asilo español y europeo.

En definitiva, el centro de las respuestas a la problemática descrita debe sustentarse en el interés superior de los niños sin familiares que llegan a nuestras fronteras, tal y como sucede en la Ciudad Autónoma de Melilla, soluciones que avalen la seguridad y la protección de este colectivo en estas especiales circunstancias.

Referencias bibliográficas

- ALCÁZAR HIGUERAS, Paula y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco (2021). La determinación de la edad de las niñas y niños extranjeros no acompañados como inicio del sistema de protección en España. ¿Y las niñas?". *Revista Infancia Activa*, (1), pp. 105-140.
- BARBERO GONZÁLEZ, Iker (2021). Refugiados en contención: lógicas de (in)movilidad en materia de derecho de asilo en la Frontera Sur, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (129), pp. 179-202.
- CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz (2020). El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12 (1), pp. 97-117.
- CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel (2022). La protección de los menores desplazados desde Ucrania en la Unión Europea y España a través de los instrumentos de derecho internacional privado de familia. *Revista española de derecho militar*, (117), pp. 165-212
- CHÉLIZ INGLÉS, María Carmen (2021). El laberinto jurídico de la protección de los menores migrantes abandonados: una aproximación desde el Derecho internacional privado. *Revista española de derecho internacional*, 73 (2), 37-51.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana y BRITOS, Cristina (2019). El Derecho Internacional Privado Argentino bajo el prisma de la Convención de los Derechos del Niño:

- ¿y si 30 años son solo el comienzo?. *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 23, pp. 35-62
- DURÁN RUIZ, Francisco Javier (2021). *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters.
- DURÁN RUIZ, Francisco Javier (2020). MENA y extutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 55, pp. 17-52.
- DURÁN RUIZ, Francisco Javier (2019). El sistema de protección de la infancia y la adolescencia en España y los menores extranjeros no acompañados: reformas, insuficiencias y contradicciones. En F. J. Durán Ruiz y R. Martínez Chicón (Dir.), *Menores migrantes y juventud migrante en España y en Italia*, pp. 31-52.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel (2016). Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla. Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla. *REDI*, 118 (2), 321-328.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco (2011). La audiencia y la legitimación de los menores inmigrantes no acompañados en su expediente de repatriación. Crónica de un camino jurisprudencial, en F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía, Instituto de Migraciones*, Granada, pp. 865 y ss.
- FAGGIANI, Valentina (2023). *La protección internacional de los migrantes en la UE: estándares de tutela, límites y perspectivas de reforma del derecho de asilo*. Aranzadi/Cívitas.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (2021). La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional. *Cuadernos de Derecho transnacional*, 13 (2), pp. 190-208.
- JIMÉNEZ ÁLVAREZ, Mercedes Gema (2019). Desapariciones de menores extranjeros no acompañados en España: Una primera aproximación a sus significados. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, pp. 168-188.
- KLAPPER, Melissa R. (2007). *Small strangers: The experiences of immigrant children in America, 1880-1925*. Ivan R. Dee.
- MOYA ESCUDERO, Mercedes (2020). Igualdad versus seguridad y control: Los menores extranjeros en Europa. En *Nuevo mundo, nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit: XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Tirant lo Blanch, pp. 219-248.

- LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ, Alicia (2013). La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados. *Revista europea de derechos fundamentales*, (21), pp. 157-180.
- PÉREZ SALOM, Roberto (2023). El principio de no devolución en el caso de los menores no acompañados solicitantes de asilo: la posición del Comité de los Derechos del Niño (CDN). *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (49), pp. 328-338.
- PUERTA VÍLCHEZ, Juan Manuel (2023). Capítulo 9. Régimen Jurídico de los Menores. Blas Jesús Imbroda Ortiz y Carmen Ruiz Sutil (coords.) *Memento Experto de Extranjería*. Edic. 5ª, Editorial Lefebvre
- REQUEJO ISIDRO, Marta (2017). La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre estado competente y estado responsable. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (2), pp. 482-505.
- REQUEJO ISIDRO, Marta (2015). El reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *International Journal of Procedural Law*, pp. 51-70.
- RUIZ SUTIL, Carmen (2022). *International removals in contexts of violence between european asylum law and the best interests of the child The CJEU case a. VB, of 2 august 2021*.
- RUIZ SUTIL, Carmen (2016). El rechazo en frontera o la denominada devolución en caliente y su regulación en la LOEX. *REDI*, 118 (2), pp. 329-336.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía (2021). *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador*. Editores: Universidad Pública de Navarra = Nafarroako Unibertsitate Publikoa, pp. 1-429.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía (2021). La subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados. *Anuario de filosofía del derecho*, pp. 463-485.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía (2022). Undocumented migrant persons claiming to be minors: jurisdiction, applicable law, and cooperation. *Spanish Yearbook of International Law*, (26), pp. 91-108.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía (2023a). *Competencia y cooperación internacional de autoridades el interés superior de la y el menor no acompañado como eje en la identificación y reubicación. Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*. Tirant Lo Blanch, pp. 693-730, p. 719 y ss.
- TORRES RODRÍGUEZ, Ana (2023b). Capítulos 21, 22 y 23. Régimen Jurídico de los

Menores. Blas Jesús Imbroda Ortiz y Carmen Ruiz Sutil (coords.) *Memento Experto de Extranjería*. Edic. 5ª, Editorial Lefebvre.

VICENTE LORCA, Alfonso (2022). Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 101-130.

WERNER, Emmy E. (2009). *Passages to America: oral histories of child immigrants from Ellis Island and Angel Island*. Potomac Books, Inc.

Documentos

AA.VV., Colectivos vulnerables en el sistema de asilo. Una aproximación a las necesidades de la infancia, personas LGTBI+ y víctimas de trata, en https://lamercedmigraciones.org/images/IMG-lamerced/Noticias/Informe-PSR/INFORME_COLECTIVOS_VULNERABLES_18_12_19.pdf

COLLANTES MATEOS, Sara. "Niños, extranjeros y solos en España: cuando la desprotección se multiplica", Unicef España. Disponible en: <https://www.unicef.es/blog/ninos-extranjeros-y-solos-en-espana-cuando-la-desproteccion-se-multiplica>

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (2022). Libro Blanco del sistema de protección internacional en España. Una propuesta desde la experiencia de CEAR. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2022/02/Libro-Blanco-Sistema-de-Asilo.pdf>

GARCÍA RUIZ, Yolanda (2007). Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género. *Fundación Alternativas*, 29, pp. 1-50. <https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2022/07/xmlimport-IXkVH8.pdf>

El impacto de la violencia intrafamiliar en el ejercicio del derecho de visita transfronterizo en la Unión Europea: ¿una oportunidad perdida?

The impact of gender-based violence on cross-border visitation rights in the European Union: a missed opportunity?

 **Nuria Marchal Escalona**

Universidad de Granada (España)
Universidad Siglo 21 (Argentina)
nmarchal@ugr.es

Resumen: Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a mantener, de forma periódica, relaciones personales y contactos directos con sus progenitores, aunque estos vivan en un país distinto al de su residencia habitual, a menos que ello resulte contrario a su interés. No obstante, en supuestos transfronterizos la concesión y el ejercicio de este derecho puede poner en peligro al menor que ha vivido episodios de violencia intrafamiliar. Es en estos casos necesario contar con un marco jurídico adecuado que proteja el "interés superior del menor" y lo salvaguarde del progenitor maltratador. En el presente estudio nos proponemos analizar en qué medida la normativa de Derecho internacional privado y, en particular, la normativa institucional que regula el reconocimiento y la ejecución de las decisiones dictadas en el ámbito europeo aplican el *Gender Mainstreaming* en este ámbito.

Palabras clave: DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON SUS PROGENITORES; EJERCICIO TRANSFRONTERIZO DEL DERECHO; VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DE GÉNERO; UNIÓN EUROPEA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES.

Abstract: Every child and adolescent have the right to maintain, on a regular basis, personal relations and direct contact with his or her parents, even if they live in a country other than the country of habitual residence, unless it is contrary to his or her best interests. In cross-border cases, however, the granting and exercise of this right may endanger the child who has experienced domestic violence. In such cases an adequate legal framework is necessary to protect the "best interests of the child" and to safeguard the child from the abusive parent. In the present study, we therefore set out to analyse the extent to which the rules of private international law and, in particular, the institutional rules governing the recognition and enforcement of decisions handed down at the European level apply Gender Mainstreaming in this area.

Key Word: THE RIGHT OF THE CHILD TO BE IN CONTACT WITH PARENTS;
CROSS-BORDER EXERCISE OF RIGHTS; GENDER VIOLENCE, EUROPEAN
UNION; RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS.

Fecha de recepción: 29/06/2023

Fecha de aceptación: 30/11/2023



El impacto de la violencia intrafamiliar en el ejercicio del derecho de visita transfronterizo en la Unión Europea: ¿una oportunidad perdida? ¹

Nuria Marchal Escalona

I. Introducción

Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a mantener, de forma periódica, relaciones personales y contactos directos con sus progenitores, aun cuando vivan en países distintos. Así lo establecen, entre otros instrumentos legales, el Convenio de Naciones Unidas de los Derechos del niño (en adelante, CNUDN²), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE³)⁴ y el Convenio el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las

¹ Este estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto Interinstitucional otorgado por la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21 de Córdoba (Argentina) titulado: “Aspectos internacionales en la protección de las personas migrantes y refugiadas: la transversalidad de la perspectiva de género”. IP. Carmen Ruiz Sutil (Universidad de Granada) y Candela Villegas (Universidad el Siglo 21. Argentina).

² *BOE* núm. 313, 31 de diciembre de 1990.

³ *DOUE* núm. 364, 18 de diciembre de 2000.

⁴ De hecho, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), una medida que impida al niño mantener una relación personal periódica y un contacto directo con ambos progenitores solo puede justificarse por el “interés del menor”. En este sentido se pronunció en el As. C-403/09 PPU, *Jasna Detiček contra Maurizio Sgueglia*, el 23 de diciembre de 2009 (ECLI:EU:C:2009:810).

Libertades Fundamentales (4 noviembre 1950, con protocolos posteriores⁵), cuyo art. 8 protege “la vida privada y familiar”⁶. Ello contribuye, sin duda alguna, al desarrollo de la personalidad afectiva de los niños, niñas y adolescentes, a su formación como persona y a su equilibrio psíquico y afectivo. No obstante, también es cierto que este derecho no es absoluto. Su ejercicio debe ser denegado, limitado e, incluso, suspendido, en caso de peligrar la integridad física y/o psíquica del menor, en particular, en los casos en los que el menor ha sufrido episodios de violencia intrafamiliar. En tales casos, debe procurarse poner a los niños, niñas y adolescentes a salvo del progenitor maltratador.

El hecho de que, aun existiendo riesgo para el menor, este deba mantener relaciones personales con el progenitor maltratador, evidencia la falta de sensibilidad en clave de género. Hay que tener en cuenta que los niños, niñas y adolescentes deben ser considerados víctimas de violencia intrafamiliar, y como víctimas que son, deben ser protegidos (Sales Pallares Y Marullo, 2019-2020). En este contexto, resulta preciso preguntarse por los mecanismos que existen en el ámbito en el europeo para garantizar la protección del menor en el ejercicio de este derecho en los supuestos transfronterizos. Se trata de analizar en qué medida los principales instrumentos europeos de Derecho de familia protegen a los niños,

⁵ *BOE* núm. de 10 octubre 1979. Este precepto ha sido interpretado en numerosas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Para este Tribunal, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener contacto personal entre padres e hijos afecta a la vida familiar, y se ve vulnerado cuando se impide a su titular el disfrute de tales relaciones. Aunque también admite que este derecho puede limitarse en atención al interés superior del niño. De hecho, TEDH se ha referido expresa o implícitamente al interés superior del niño en este contexto. Mención especial merece sentencia dictada por este Tribunal el 10 de noviembre de 2022, en el Asunto *IM et autres c. Italia* (apelación n. 25426/20), donde se condenó a Italia por no permitir la celebración de encuentros de dos niños con su padre, separado de su madre, que había demostrado ser especialmente violento.

⁶ También proclaman este derecho tanto el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (*BOE* núm. 45, de 21 de febrero de 201), que considera a los progenitores como titulares de la responsabilidad parental y, por ende, del derecho de visita (art. 2), como el Convenio del Consejo de Europa sobre las relaciones personales del menor, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003. Este último Convenio reconoce expresamente el derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener relaciones personales no solo con sus padres, sino también con otras personas relacionadas con ellos por vínculos familiares. Se trata de una norma en la que se establecen soluciones especialmente útiles y facilitadoras de las relaciones personales transfronterizas de los niños, niñas y adolescentes, ofreciendo medidas de protección y garantías necesarias para garantizar que las resoluciones relativas a las relaciones personales sean efectivamente aplicadas (art. 9), por lo que sería conveniente que España, así como los países de la Unión Europea sopesaran su ratificación.

niñas y adolescentes menor en supuestos de violencia intrafamiliar, lo que nos servirá, en su caso, para identificar las deficiencias que tales normas presentan y proponer las soluciones más razonables y adecuadas en aras del “interés del menor”. Conviene advertir que nos ocuparemos, fundamentalmente, de concretar si las decisiones adoptadas en un Estado miembro de la Unión Europea (en adelante, UE) atribuyendo el ejercicio de este derecho al progenitor maltratador pueden ser reconocidas y ejecutadas en otro Estado miembro. Y, en su caso, concretar si el ejercicio transfronterizo del derecho está rodeado de las medidas necesarias para asegurar la protección efectiva del menor⁷. Para ello, valoraremos en qué medida las normas de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.) aplican en este ámbito el *Gender Mainstreaming* (Ortega Giménez, 2008; Rueda Valdivia, 2008; Espinosa Calabuig, 2019; Ruiz Sutil, 2020).

II. El menor como categoría autónoma de víctima de violencia intrafamiliar

La lucha contra la violencia intrafamiliar en la infancia es un imperativo de Derechos Humanos. La CNUDN, sus protocolos facultativos, así como la Observación General número 13, de 2011 sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia⁸, han expresado su preocupación por el impacto que las distintas formas de violencia pueden tener en su desarrollo integral (Ruiz Sutil, 2019). La violencia intrafamiliar alcanza en Europa dimensiones epidémicas. Razón de más para convertir su erradicación en objetivo europeo de primer nivel. Se precisa construir un espacio viable de convivencia, donde la ciudadanía disfrute de una vida libre de amenazas o violencia intrafamiliar, alejada de discriminaciones en general y de las motivadas por razones de género en particular. Una violencia intrafamiliar que no solo afecta a un gran número de mujeres, sino que también actúa directa o indirectamente sobre los hijos. Ante esta realidad, la UE no ha permanecido impasible y, aunque

⁷ En España, el principio del *Gender mainstreaming* como clave para conformar un nuevo Derecho se implantó en el art. 15 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

⁸ <https://www.refworld.org/es/publisher,CRC,GENERAL,,4e6da4d32,0.html>.

no cuenta con una base legal específica para actuar en el área de la violencia intrafamiliar, ello no ha sido un obstáculo para luchar contra esta lacra, en tanto que elemento necesario para promover un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Con ese espíritu, se han adoptado diversos instrumentos normativos en los que ha quedado plasmada la necesidad de dispensar una protección específica a los niños, niñas y adolescentes expuestos a la violencia intrafamiliar, como así se ha evidenciado en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁹; el Considerando K de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, sobre recomendaciones destinadas a la comisión sobre la lucha contra la violencia intrafamiliar ejercida sobre las mujeres¹⁰, así como en la Directiva 2011/99/EU, sobre la Orden Europea de Protección¹¹ y el Reglamento 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil¹². En los últimos tiempos, cabe destacar la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia intrafamiliar y del derecho de custodia en las mujeres y los niños¹³, donde reconoce que en algunos Estados miembros, a menudo se pasa por alto la violencia intrafamiliar e insiste en que los tribunales de los Estados miembros deben garantizar que su decisión en temas como la guarda, custodia y derecho de visita se tome con arreglo al principio de “interés superior del menor”, lo cual implica escucharlo, contar con la participación de todos los servicios pertinentes, proporcionar asistencia psicológica, etc¹⁴.

⁹ *DOUE* L 315, de 14 de noviembre de 2012. Esta Directiva fue incorporada al ordenamiento español en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (*BOE* núm. 101, de 28 de abril de 2015).

¹⁰ *DOUEC* 285, de 20 de agosto de 2017.

¹¹ *DOUE* L 338, de 21 de noviembre de 2011. España incorporó su texto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (*BOE* núm. 282, de 21 de noviembre de 2014).

¹² *DOUE* L 184, de 29 de junio de 2013. Ambos instrumentos, a través del principio de reconocimiento mutuo, garantizan el reconocimiento y ejecución en todo el territorio de la Unión de las medidas de protección otorgadas a las víctimas en un Estado miembro (AA. VV., 2019).

¹³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0406_ES.html.

¹⁴ El 8 de marzo de 2022, la Comisión Europea presentó el texto de una propuesta de Directiva sobre la lucha contra la violencia intrafamiliar contra las mujeres y la violencia intrafamiliar cuyo

A estas iniciativas hay que añadir el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2019 (en adelante Convenio, de Estambul¹⁵), donde se reconoce que los niños, niñas y adolescentes son víctimas de violencia intrafamiliar. A tales efectos, obliga a los Estados contratantes –entre ellos España¹⁶– a protegerlos adoptando las medidas necesarias¹⁷. En particular, el art. 31 del Convenio de Estambul establece la obligación a los Estados parte de:

“[...] adoptar las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia intrafamiliar incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio. Así mismo, están obligados a adoptar todas las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños”.

De este modo, el Convenio de Estambul, vinculante para las autoridades españolas, obliga a la vigilancia de la perspectiva género en este ámbito¹⁸. Un derecho donde, como acabamos de exponer, el “interés del menor”¹⁹ es crucial al ser capaz de limitar, condicionar e, incluso, negar el disfrute del ejercicio a tener contacto con sus progenitores. De hecho, a nuestro modo de ver, el cumplimiento

objeto es garantizar un nivel mínimo de protección contra este tipo de violencia intrafamiliar en toda la UE (COM/2022/105 final). Así pues, para garantizar la seguridad de los niños, niñas y adolescentes durante posibles visitas del autor o el sospechoso de un delito que ostente la patria potestad con derecho de visita, obliga a los Estados miembros a facilitar lugares neutrales supervisados, incluidas oficinas de protección o de bienestar de los niños, niñas y adolescentes, de modo que esas visitas puedan tener lugar allí en atención al interés superior del menor (considerando 55).

¹⁵ BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

¹⁶ No todos los Estados de la UE son miembros de dicho Convenio. Por ello, el Parlamento Europeo ha solicitado a los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho que lo ratifiquen, asignando recursos financieros y humanos suficientes para ponerlo en práctica [2019/2855(RSP)]. Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0080_ES.html.

¹⁷ Ahora bien, este reconocimiento no sitúa a los niños, niñas y adolescentes como víctimas de violencia intrafamiliar de género (Reyes Cano, 2018, p. 92).

¹⁸ En este sentido se pronunció el Dictamen del comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (58º período de sesiones). Recuperado de: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/PDF/DB_ius/CEDAW_18072014_Gonzalez_Carreno_v_Espana_SPA.pdf

¹⁹ Sobre dicho concepto Fernández Pérez, 2018.

de este mandato implica que la violencia intrafamiliar sea tenida tanto en la dimensión interna, es decir, en el momento de estipular los derechos de los niños, niñas y adolescentes a relacionarse con sus progenitores, a fin de que el ejercicio no ponga en peligro la seguridad de los niños, niñas y adolescentes, como en la dimensión internacional. De hecho, la adopción de la perspectiva de género en el ámbito transfronterizo implicaría denegar el reconocimiento y la ejecución de decisiones dictadas en esta materia, siempre que el “interés del menor” así lo aconsejara. Y, en su caso, adoptar todas las medidas que fueren necesarias, a fin de garantizar la protección del menor en el ejercicio de dicho derecho.

III. El derecho de visita y la violencia intrafamiliar en la Unión Europea

En el ámbito estatal, el derecho del menor a relacionarse con sus padres es reconocido en todos los Estados miembros de la UE como un derecho puericéntrico y su impronta es judicial, dado que, en la mayor parte de los Estados miembros, las autoridades competentes pueden suspender, limitar o condicionarlo al cumplimiento de ciertas medidas, siempre que el “interés superior del menor” así lo exija. Así sucede, por ejemplo, en Alemania (§ 1684.4º BGB)²⁰, Italia (art. 337 ter Código civil, en adelante Cc.), Portugal (art. 1906. 7º Cc.), Bélgica (art. 374Cc.)²¹, República Checa (Section 906 de la *Act Law* No. 89/2012)²², Chipre (Section 6 de la Act 216/1990)²³, Hungría (art. 14 de la Law no. 272/2004 *On the protection and promotion of the rights of the child*)²⁴, Polonia (art. 113 de la Act Of 25 February 1964 Family Code and Caring)²⁵, Holanda (1:377f *Burgerlijk Wetboek*),

²⁰ Recuperado de: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1684.html.

²¹ Recuperado de: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=fr&nm=1804032150&la=F.

²² Recuperado de: https://is.muni.cz/el/1422/podzim2015/SOC038/um/NObcZ_anglicky_strojovy_preklad.pdf.

²³ Recuperado de: [http://www.mjpo.gov.cy/mjpo/mjpo.nsf/E6F4A1E533DAFB3BC225862900446159/\\$file/The%20Parents%20and%20Children%20Relations%20Laws%201990%20to%202008.pdf](http://www.mjpo.gov.cy/mjpo/mjpo.nsf/E6F4A1E533DAFB3BC225862900446159/$file/The%20Parents%20and%20Children%20Relations%20Laws%201990%20to%202008.pdf).

²⁴ Recuperado de: https://childhub.org/sites/default/files/library/attachments/92_177_en_original.pdf.

²⁵ Recuperado de: <https://www.global-regulation.com/translation/poland/3353737/the-act-of-25-february-1964-family-code-and-caring.html>.

Rumania (arts. 487-499 Cc. y la Ley n.º 272/2004), Irlanda (Children Act, 1997)²⁶, Eslovaquia (art. 38.4º de la Act No. 36/2005 On Family)²⁷, Suecia (*Children and Parents Code*)²⁸, Estonia (art. 52 de la Family Law Act 1997)²⁹, Bulgaria (arts. 71 Family Code³⁰ y art. 11 de *Child Protection Act 2000*)³¹, Letonia (art. 182 Cc.)³², Luxemburgo (art. 380 Cc.)³³, Malta (Capítulo 16 Cc.)³⁴, Finlandia (Section 2 de la *Act on Child Custody and Right of Access 361/1983*)³⁵ y Dinamarca (Section 19, subsection 1 *the Parental Responsibility Act*)³⁶.

Tales sistemas jurídicos ofrecen soluciones para proteger al menor del progenitor maltratador, aunque no incorporan la perspectiva de género de forma expresa, pero su efectiva protección depende de que la autoridad competente considere que así lo aconseja el “interés del menor”. Por ello, debe ser bien recibido el enfoque de género que en la regulación del derecho de visita incorporan tanto el ordenamiento jurídico francés³⁷ como el español³⁸, puesto que

²⁶ Recuperado de: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/1997/act/40/enacted/en/print.html>.

²⁷ Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=71416.

²⁸ Recuperado de: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Sweden-Parental-Responsibilities-Legislation.pdf>.

²⁹ Recuperado de: <https://archive.crin.org/en/library/legal-database/estonia-family-law-act-1997.html>

³⁰ Recuperado de: <http://jafbase.fr/docEstEurope/Bulgarie/CodFamille.htm>.

³¹ Recuperado de: <http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=178&lid=2857&less=false>.

³² Recuperado de: <http://fineergodom.eu/downloads/civil-law.pdf>.

³³ Recuperado de:

<https://data.legilux.public.lu/filestore/eli/etat/leg/code/civil/20180916/fr/html/eli-etat-leg-code-civil-20180916-fr-html.html>

³⁴ Recuperado

de: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/75318/78312/F1710705054/MLT75318.pdf>

³⁵ Recuperado de:

https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/39.pdf

³⁶ Recuperado de:

https://boernebortfoerelse.dk/Media/637608190977168495/Danish_Act_on_Parental_Responsibility_transl2021.pdf.

³⁷ En concreto, el art. 8 de la Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille (recuperado de

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039684243>) ha incorporado el 378-2 en el Código civil francés. Según el mismo, el ejercicio de la patria potestad y los derechos de visita del progenitor procesado o condenado, aunque no sea en firme, por un delito cometido contra la persona del otro progenitor quedan automáticamente suspendidos hasta la decisión del juez.

³⁸ En España, la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2015), que modificó el art. 1.2º de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia intrafamiliar de género

en estos sistemas jurídicos el disfrute y ejercicio de este puede quedar suspendido o extinto en casos de violencia intrafamiliar. Mención especial merece lo dispuesto en el derecho griego y, en particular, en la Ley núm. 4800/2021 por no prever la posibilidad de restringir o revocar *a priori* los derechos de los niños, niñas y adolescentes a tener contacto con el progenitor maltratador, puesto que para ello requiriere la emisión de una sentencia condenatoria firme³⁹. Hasta que esta no es pronunciada se permite que el menor esté en contacto con el progenitor maltratador⁴⁰.

IV. ¿Incorporan la perspectiva de género los textos de Derecho de Familia europeos?

IV. 1. El contexto

A pesar de que tanto en el ámbito internacional como estatal existen instrumentos para proteger al menor en supuestos de violencia intrafamiliar en el ejercicio del derecho de los menores a relacionarse con los progenitores, hemos evidenciado que también existen excepciones, por lo que es posible que en el espacio judicial europeo sean adoptadas decisiones en las que se otorgue el disfrute de este derecho al progenitor maltratador. Aunque también es cierto que su ejercicio puede estar limitado al cumplimiento de ciertas medidas de protección del menor (ejercicio del derecho en un punto de encuentro familiar, etc.). La cuestión que se plantea de inmediato es saber si existe la obligación, o no, de reconocer y ejecutar una sentencia judicial adoptada en dicho sentido en otros

(*BOE* núm. 313, de 29 de diciembre de 2004), reconocía expresamente que los niños, niñas y adolescentes son víctimas de violencia intrafamiliar de género. En esta dirección se orientaba también el art. 11.2º apartado i) de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2015) y, en particular, la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia intrafamiliar (*BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2021) que modificó la redacción del art. 94 Cc. Este precepto admite la exclusión en el régimen de visitas violencia intrafamiliar de género cuando haya una condena firme o existan indicios fundados de que se han cometido actos de violencia intrafamiliar de género o violencia intrafamiliar de los que los hijos han sido víctimas directas o indirectas.

³⁹ Recuperado de: <https://www.hrw.org/news/2021/09/15/greece-dangerous-custody-law-take-effect>.

⁴⁰ Recuperado de: <https://www.ekdoseiskerkyra.gr/the-new-family-law-in-greece-joint-custody-cannot-be-imposed-by-law-2/>.

Estados miembros⁴¹. Se trata de determinar hasta qué punto el legislador europeo se ha preocupado de adoptar mecanismos que impidan el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras que se pronuncien en tales contextos, siempre que el “interés del menor” así lo aconseje, y, en su caso, si este ha adoptado las medidas de protección oportunas para proteger al menor a la hora de ejecutar tales decisiones. Antes, no obstante, es preciso determinar cuál es la normativa que resulta aplicable, a tales efectos. Para ello, es necesario recordar de donde partíamos para poder apreciar y entender si ha habido, o no, un avance real en este ámbito. Y es que en los supuestos transfronterizos el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes (en adelante, RBr II ter⁴²) es la norma que regula el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en esta materia en los Estados miembros de la UE⁴³, salvo Dinamarca; país que es miembro del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (en adelante, CLH 1996⁴⁴). Dicho Reglamento sustituye, desde el 1 de agosto de 2022, al RBr. II bis⁴⁵, y prevalece

⁴¹ Como así sucede, por ejemplo, en el ámbito del secuestro internacional de niños, niñas y adolescentes. Sobre tales medidas, véase Moreno Cordero, 2021, pp. 119-134.

⁴² *DOUE* núm. 178, de 2 de julio de 2019.

⁴³ En particular, este Reglamento regula la validez extraterritorial de decisiones judiciales dictadas en materia relativa a la responsabilidad parental. Se trata de un concepto amplio y autónomo (arts. 1.2º, 1.3º y 2.7º). En concreto, se entiende por responsabilidad parental: “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”. Por su parte, la definición de derecho de visita que ofrece es igualmente amplia y abarca “el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado” (art. 2.10º).

⁴⁴ *BOE* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁴⁵ Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (en adelante, RBr II bis). Sobre el mismo W. Pintens, 2016. Este Reglamento seguirá aplicándose a las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados antes de la fecha de entrada en vigor del RBr. II ter (art. 100.2º).

sobre los convenios multilaterales y bilaterales existentes en la materia (arts. 95-97⁴⁶).

VI.2. ¿Puede ser reconocida y ejecutada una decisión judicial dictada en otro Estado miembro sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener contacto con los progenitores en contextos de violencia intrafamiliar?

Para que una resolución judicial dictada en un Estado miembro del RBr. II bis –todos los de la UE, salvo Dinamarca– desplegara su eficacia ejecutiva –que es el que normalmente se solicita para este tipo de decisiones– en otro Estado miembro del Reglamento, el RBr. II bis contemplaba dos modalidades de reconocimiento. Por una parte, contemplaba el general, previsto en las Sección 2^a del Capítulo III del Reglamento, donde regulaba el procedimiento de *execuátur* para el reconocimiento de toda decisión judicial dictada sobre la “responsabilidad parental” (art. 28). Este podía ser denegado si concurrían cualquiera de las circunstancias enumeradas en el art. 23 de dicho Reglamento (orden público que debe interpretarse en atención al “interés superior del menor”⁴⁷, audiencia del menor y de las partes implicadas, vulneración de los derechos de defensa y la inconciabilidad de la decisión). Y, por otra, regulaba un régimen específico y privilegiado de reconocimiento (art. 41.1^o RBr II bis), que habilitaba, como alternativa al *execuátur*, la ejecutividad inmediata de las decisiones dictadas en

⁴⁶ Un análisis del mismo en Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo, 2022; Calvo Caravaca, Carrascosa González, 2020. El RBr II ter primará frente a los Convenios siguientes en la medida en que ellos se refieran a materias reguladas por el presente Reglamento. En particular, prima sobre: a) el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de niños, niñas y adolescentes; b) el Convenio de Luxemburgo de 8 de septiembre de 1967 sobre el reconocimiento de sentencias relativas al vínculo matrimonial; c) el Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos; y d) el Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de niños, niñas y adolescentes, así como al restablecimiento de dicha custodia. En las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996, el RBr. II ter se aplicará en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una decisión dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado que sea parte contratante del citado Convenio y en el que no se aplique el presente Reglamento.

⁴⁷ Dicho principio cumple así una función catalizadora del contenido de dicha cláusula (Vaquero López, 2016).

materia de derechos de visita. De forma que, toda resolución dictada en materia de derecho de visita podía ser reconocida y desplegar fuerza ejecutiva sin necesidad de procedimiento adicional alguno de manera directa en otro Estado miembro a condición de que esta se acompañare del correspondiente certificado concedido por el juez de origen que dictó la resolución (considerando 23 *in fine* RBr II bis)⁴⁸. Eso sí, el juez de origen a la hora de proceder a la certificación de dicha resolución debía comprobar, como requisito para su expedición, que se hubieran respetado los derechos de defensa de las partes implicadas y se le hubiera dado audiencia al menor (art. 41.2º RBr II bis).

Una vez emitido el certificado, no se podía impugnar ni el reconocimiento ni la expedición del certificado en el Estado requerido, correspondiendo al Derecho interno del Estado de origen la posible rectificación del mismo (art. 43 RBr II bis). La ejecución de tales decisiones solo podía ser denegada cuando contradiga una resolución ejecutiva dictada con posterioridad (art. 47.2º *in fine* RBr II bis). El Estado requerido no podía, por tanto, verificar si la ejecución de la decisión era contraria (o no) al “interés del menor”, lo que, a nuestro juicio, constituía un auténtico despropósito. Dicho control debía ser preceptivo, sobre todo, en los supuestos de violencia intrafamiliar de género. A nuestro juicio, el juez del Estado requerido debía de contar con los mecanismos oportunos para poder rechazar el reconocimiento y la ejecución de toda dicha decisión que fuera contraria al interés del menor, en particular, del que ha sufrido episodios de violencia intrafamiliar. Se echa en falta, pues, la implementación de las exigencias derivadas del Convenio de Estambul en la normativa europea.

⁴⁸ El juez de origen solo expedía dicho certificado contemplado, utilizando para ello el modelo de formulario que figura en el anexo III (certificado referente al derecho de visita) cuando: a) si, por lo que respecta a los procedimientos en rebeldía, el escrito de demanda o documento equivalente hubiera sido notificado o trasladado a la parte rebelde con la suficiente antelación y de tal manera que esta pueda defenderse, o, de haberse notificado o trasladado el mencionado escrito o documento sin respetar estas condiciones, si consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución; b) si se hubiera dado posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas, y c) si se hubiera dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. El certificado debía de redactarse en la lengua de la resolución.

A nuestro juicio, el legislador europeo debería de haber corregido el automatismo que existía en la ejecución de las decisiones dictadas en materia de visita, como así evidenció el TJUE en la Sent. dictada el 22 de diciembre de 2010 (C-491/10 PPU: As. Aguirre Zárraga) ⁴⁹ en relación con la ejecución de una resolución certificada que ordenó la restitución de una menor dictada por un órgano jurisdiccional competente. Debería de haber adoptado una perspectiva de género al regular esta materia y haber implementada el Convenio de Estambul. Sin embargo, parece ser que al legislador europeo le preocupaba más la consecución de un auténtico espacio judicial que la protección del menor, aunque hubiera sido víctima de violencia intrafamiliar⁵⁰.

Esta es la idea que también inspira al RBr II ter. Este Reglamento ha suprimido el execuátur para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental (art. 34), incluidas las de derecho de visita, e incorpora un sistema de

⁴⁹ ECLI:EU:C:2010:828. Los hechos que dieron lugar a la presente decisión pueden resumirse en: el señor Aguirre Zárraga de nacionalidad española contrajo matrimonio en España en el año 1998 con la Sra. *Pelz* de nacionalidad alemana, naciendo el 31 de enero de 2000 una hija en común y residiendo los tres en Vizcaya. Siete años más tarde, el matrimonio se separa, solicitando ambos progenitores por separado la custodia exclusiva de la niña. En mayo de 2008, mediante auto del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, se le concede al Señor Aguirre Zárraga la custodia provisional y a la señora *Pelz* el derecho de visita. La madre trasladó posteriormente su residencia a Alemania y su hija con motivo de las vacaciones de verano fue a visitarla, sin embargo, al término de dichas vacaciones (agosto de 2008), la hija no regresó con su padre a España. En lo que respecta al procedimiento referido a la custodia del menor iniciado en España, en julio de 2009, el Juez español consideró que era de utilidad llevar a cabo un peritaje y dar audiencia a la menor (en Bilbao) y estableció las fechas para proceder a realizar tales actuaciones. Además, el Juez rechazó autorizar que la Sra. *Pelz* y Andrea abandonaran España una vez practicados dichos trámites y denegó la solicitud de la madre para que la menor pudiera declarar por videoconferencia. Por consiguiente, madre e hija no comparecieron. En diciembre de 2009, el Juzgado atribuyó la custodia exclusiva al padre y en respuesta a ello, la madre recurrió ante la Audiencia Provincial de Vizcaya (en adelante AP) solicitando que se diera audiencia a Andrea. Sin embargo, la AP resolvió en sentido negativo alegando que de acuerdo con el derecho procesal español únicamente podrá practicarse prueba en apelación en los supuestos recogidos expresamente por Ley. Por otro lado, el padre inició un procedimiento en Alemania en base al CH 1980 con el fin de conseguir la restitución de su hija que inicialmente es estimado por el Tribunal de Primera Instancia alemán. La madre recurrió tal resolución. El *Tribunal Regional Superior de Celle* estimó el recurso anulando la resolución que ordenaba la restitución de la menor. Este Tribunal se oponía a la restitución fundamentándose en el art. 13.2º CH 1980, ya que la menor se niega a volver a España. A continuación, el señor Aguirre Zárraga inició un nuevo procedimiento en Alemania con el fin de conseguir el reconocimiento de la sentencia española que le atribuye la custodia de su hija, la cual fue certificada conforme al artículo 42 RBr II bis. Para el Tribunal de Primera Instancia alemán, dicha decisión no podía ser ejecutaba por no haberse oído a la menor. Para una visión crítica de esta decisión Marchal Escalona, 2013.

⁵⁰ Ortiz Vidal, 2019.

oposición a la ejecución similar al establecido en el RBr I bis⁵¹, donde el control de las condiciones de denegación de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera dictada en este ámbito procede, a instancia de parte. Debe ser, por tanto, la parte frente a la que se solicita dicha ejecución la que deberá incoar, a tal efecto, el correspondiente procedimiento de denegación de ejecución de la decisión previsto en el propio Reglamento (art. 41 RBr II ter). Esta privatización del control de las condiciones de denegación de las decisiones dictadas en este ámbito puede, sin duda alguna, perjudicar el interés del menor y, sobre todo, de aquel que ha sido víctima de violencia intrafamiliar. Un aspecto que lo diferencia del CLH 1996, aplicable en las relaciones con Dinamarca, donde no solo se exige la tramitación del oportuno *execuátur* para obtener la eficacia ejecutiva de una decisión dictada en esta materia (art. 26), sino también donde el control de las condiciones de denegación de reconocimiento opera de oficio (art. 23).

Sorprende, sin embargo, que el Reglamento siga conservando al mismo tiempo, a pesar de que parte de la ejecutividad inmediata y directa como regla base, un trato más favorable a las decisiones en las que se conceden derechos de visita [art. 42.1º a) RBr II ter]⁵². En este punto, el RBr II ter mantiene una regulación similar al RBr II bis, aunque con pequeñas modificaciones, como así sucede con los recursos que caben contra la expedición de un certificado (art. 48 RBr II ter) o la lengua en la que este puede ser redactado (art. 47 RBr II ter). El RBr II ter no corrige, por tanto, el automatismo que existía en la ejecución de una decisión dictada sobre el derecho visita certificada como título ejecutivo europeo (art. 50 RBr II ter). Se continúa sin atender debidamente, tal y como hemos expuesto, a las situaciones de violencia intrafamiliar vividas por un niño, niña y adolescente, poniendo en tela de juicio el lugar que ocupa en el disfrute derecho transfronterizo de relacionarse con los progenitores en supuestos intracomunitarios el supremo interés del menor.

⁵¹ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L 351, 20 de diciembre de 2012).

⁵² Rodríguez Pineau (2017).

Con todo, el legislador europeo parece corregir, en parte, el automatismo que existe en la ejecución tanto de las resoluciones judiciales ordinarias –en caso de no mediar oposición– como las privilegiadas con una valoración de carácter más sustantivo que considere el interés superior del menor al facultar, en casos excepcionales, a la autoridad competente de la ejecución para suspender el procedimiento de ejecución en caso de que esta exponga al menor a un “riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o debido a cualquier otro cambio significativo de circunstancias” (art. 56.4º RBr II ter). Tal disposición permite superar los obstáculos generados por cambios de circunstancias, como, por ejemplo, una objeción manifiesta de la menor no expresada hasta después de haberse dictado la resolución que sea tan contundente que, de no tenerse en cuenta, podría suponer un riesgo grave de daño físico o psíquico para el menor. No obstante, la ejecución de la decisión deberá reanudarse tan pronto como deje de existir dicho riesgo. Por el contrario, si el riesgo reviste carácter de duradero, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución (art. 56.6º RBr II ter)⁵³. No obstante, antes de ello, el RBr II ter establece que deben adoptarse todas las medidas oportunas, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, a fin de velar por la ejecución de la resolución (considerando 69 RBr II ter).

A pesar de estas modificaciones, cabe afirmar que el RBr. II ter no satisface completamente las indicaciones dadas por el Convenio de Estambul sobre la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la regulación de la ejecución de las decisiones sobre derecho de visita, puesto que en verdad solo constituye un mecanismo para reequilibrar la posición de los tribunales de los Estados miembros en cierto modo sacrificada por la confianza mutua.

⁵³ A tenor del mismo: “En casos excepcionales, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán suspender, a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor, el procedimiento de ejecución en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias. La ejecución se reanudará tan pronto como deje de existir el riesgo grave de daño físico o psíquico”.

Además, dicho logro es limitado y moderado por tres razones. Primero, porque solo opera en casos excepcionales, y siempre que la autoridad así lo considere, dado que su aplicación es facultativa –a instancia de parte o cuando la legislación nacional lo prevea–. Segundo, porque es aplicable solo cuando la ejecución exponga al menor a un riesgo grave debido a impedimentos que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada. El objetivo a alcanzar es permitir que las autoridades competentes para ejecutar una decisión puedan reaccionar rápidamente ante un cambio relevante de circunstancias. Sin embargo, lamentablemente, la violencia intrafamiliar no es un hecho puntual, sino un hecho habitual. A tenor de este precepto, la violencia intrafamiliar sufrida por un niño, niña o adolescente solo podría obstaculizar la ejecución de una decisión judicial dictada en otro Estado miembro si esta se manifestara después de haberse dictado la misma. Con todo, corresponderá al tribunal encargado de ejecutar dicha decisión quién deba valorar si existe riesgo, o no, para los niños, niñas y adolescentes en atención a los hechos y circunstancias del caso. Y tercero, porque el propio RBr. II ter admite que, aunque exista ese riesgo y ese peligro para el menor, antes de denegar la ejecución de la decisión *ex art. 56.6º del RBr II ter*, deben adoptarse aquellas medidas que protejan el ejercicio de tal derecho. Esto es, piensa más en la necesidad de dotar eficacia extraterritorial de una decisión judicial, que en poner a salvo a un niño, niña o adolescente víctima de violencia intrafamiliar.

A la luz de lo cual, cabe concluir que, pese a que las modificaciones incorporadas en dicho Reglamento en el ámbito de la ejecución deban ser bien recibidas, éstas no satisfacen el objetivo primordial que debe presidir el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes a relacionarse con sus progenitores que han sido víctima de violencia intrafamiliar. Para satisfacer plenamente el mandato establecido en el Convenio de Estambul, hubiera sido necesario que tales prerrogativas fueran previstas no como una facultad, sino como una obligación en escenarios de violencia intrafamiliar con independencia de que tal situación se manifestara antes o después de haber dictado la resolución. A pesar de ello, lo que sí es cierto es que las facultades de suspensión y de denegación de ejecución de la

decisión extranjera (privilegiada o no) que el RB II ter establece, y que posee el Estado requerido supone una excepción al principio de confianza entre Estados miembros que, en cierta manera, puede beneficiar el interés del o de la menor en escenarios de violencia intrafamiliar de género. No obstante, queda aún mucho camino por recorrer.

VI.3. ¿Existen mecanismos que aseguren la protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia intrafamiliar en la ejecución del derecho a relacionarse con sus padres en el ámbito transfronterizo?

VI.3.1. Medidas de protección en el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a relacionarse con sus padres en el ámbito transfronterizo: adopción y eficacia extraterritorial

Es evidente, a la luz de lo analizado, que las probabilidades de que una decisión dictada en otro Estado miembro decretando el derecho de los niños, niñas y adolescentes a relacionarse con el progenitor maltratador sea efectiva en otro Estado miembros son altas. Sin embargo, la correcta implementación del art. 31.2º del Convenio de Estambul supone también, como hemos apuntado, la necesidad de garantizar el disfrute transfronterizo de dicho derecho con las garantías debidas para dicho menor (*ad ex.* la participación de una autoridad de protección de niños, niñas y adolescentes). Así, puede suceder que la autoridad competente reconozca al progenitor maltratador la posibilidad de ejercitar dicho derecho, pero que limite su ejercicio al cumplimiento de ciertas medidas tendentes a garantizar su ejercicio, ya que, como hemos avanzado, el disfrute de este puede suponer el retorno del niño, niña o adolescente a un entorno de violencia intrafamiliar. No hay problema alguno si dicho derecho se ejercita en el territorio donde tales medidas han sido adoptadas. El problema puede plantearse cuando dicho derecho deba ser ejercitado en un Estado distinto. En tales casos, hasta qué punto este tipo de medidas pueden ser efectivas en otros Estados miembros. El RBr. II ter establece que, cuando un órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo del asunto ordene medidas provisionales, incluidas las cautelares, su circulación debe quedar

garantizada en virtud del presente Reglamento, siempre que el demandado haya sido citado a comparecer, a no ser que la resolución que contenga la medida sea notificada al demandado antes de su ejecución. El RBr. II bis asegura la protección del niño, niña o adolescente en un Estado distinto de aquel en el que las medidas de protección han sido adoptadas al garantizar su eficacia extraterritorial (González Marimón, 2021). Cuestión distinta es si se garantiza, o no, el cumplimiento de las mismas, para lo que se tendrán que adoptar las correspondientes cautelas.

Sin embargo, también es posible que la autoridad que decida sobre el derecho del niño, niña o adolescente a relacionarse con sus padres no adopte ninguna medida que proteja al menor del progenitor maltratador. Si dicho derecho se ejercita en dicho Estado, el menor quedará absolutamente desprotegido. No obstante, también puede suceder que dicho derecho se ejercite en el Estado donde se encuentre el menor. En tales casos, ¿puede dicho Estado adoptar alguna medida de protección? A tenor de lo dispuesto en el art. 54 del RBr II ter, la respuesta debe de ser en sentido afirmativo, aunque también es cierto que la actuación de estas autoridades está condicionada y la eficacia de las medidas que pudiera adoptar está temporalmente limitada. Su actuación está condicionada porque las autoridades competentes para la ejecución solo podrán adoptar las disposiciones para organizar el ejercicio de dicho derecho cuando la resolución dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto no hubiera adoptado medida alguna, o bien lo hubiera hecho, pero de manera insuficiente. En tales casos, podrán adoptar medidas que protejan al niño, niña y adolescente, pero siempre y cuando se respeten los elementos esenciales de dicha resolución. Es decir, tales autoridades pueden adoptar medidas de protección, siempre que se respete lo decidido en la decisión judicial extranjera. No obstante, aunque tales autoridades pudieran actuar y pudieran adoptar medidas al respecto, la eficacia de las mismas sería temporal, puesto que estas dejarían de ser aplicables cuando los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competentes para conocer del fondo dicten una resolución al respecto.

VI.3.2. El papel de la cooperación de autoridades en la adopción y el seguimiento de medidas de protección que garanticen el ejercicio seguro del derecho de los niños, niñas y adolescentes a relacionarse con el progenitor maltratador en supuestos de violencia intrafamiliar

A nuestro juicio, la cooperación entre las autoridades de los distintos Estados miembros se revela esencial para asegurar el ejercicio transfronterizo de este derecho con plenas garantías, así como para la adopción y puesta en práctica y posterior seguimiento de cualquier medida que sea preciso adoptar para proteger a los niños, niñas y adolescentes en supuestos de violencia intrafamiliar.

El legislador de la UE consciente de la importancia que tiene una adecuada y fluida cooperación entre las autoridades competentes ha intensificado la actuación de las Autoridades Centrales, que se han revelado como piezas clave en la protección de los niños, niñas y adolescentes (Herranz Ballesteros, 2010). Así, junto a las obligaciones que tienen tales Autoridades de adoptar las medidas que consideren apropiadas para mejorar la aplicación del Reglamento y promover la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados miembros (art. 77), deben proporcionar información y facilitar la comunicación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades implicadas (art. 79). Además, el RBr. II ter apuesta por una mayor y mejor cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados distintos Estados miembros (art. 81)⁵⁴. De hecho, el considerando 82 del RBr II ter prevé la facultad del órgano jurisdiccional del Estado miembro que ya haya dictado o tenga intención de dictar una resolución en este ámbito de solicitar a los órganos jurisdiccionales o a las autoridades de otro Estado miembro que le presten asistencia para ejecutar la resolución. Consideramos que una estrecha cooperación entre todas las autoridades implicadas (autoridades centrales, órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas) puede asegurar una protección efectiva del menor en el ejercicio de este derecho en supuestos de violencia intrafamiliar.

⁵⁴ Esta idea ha sido evidenciada en diversas ocasiones por el propio TJUE. En el As. A. el Tribunal consideró idóneo comunicara la adopción de medidas provisionales al otro órgano jurisdiccional implicado.

VII. Conclusiones

El derecho esencial de los niños, niñas y adolescentes a relacionarse con sus progenitores en modo alguno puede implicar que sus intereses sean menoscabados en contextos de violencia intrafamiliar. Lamentablemente, hemos evidenciado cómo el impacto de la violencia intrafamiliar no ha sido considerado en el ejercicio transfronterizo de este derecho en el espacio judicial europeo, donde prima el principio de confianza mutua en detrimento del beneficio del “interés del o de la menor”. No ha ofrecido soluciones a la altura de la sensibilización que exige esta problemática. Se echa en falta acciones encaminadas a introducir soluciones más sensibles y acordes a los conflictos planteados por la violencia intrafamiliar, lo cual es paradójico y no deja de sorprendernos pues vivimos inmensos en una sociedad que cada día tiene tolerancia cero frente al maltrato. Necesitamos de medidas que ofrezcan una adecuada protección del interés del menor en este ámbito. La reforma del RBr. II bis constituía una buena oportunidad para que el legislador europeo hubiera adoptado la ansiada perspectiva de género. Es cierto que este texto normativo es más sensible que el RBr. II bis, al permitir que las autoridades competentes para la ejecución de una decisión procedente de otro Estado miembro puedan suspender e, incluso, denegar el reconocimiento de una decisión. No obstante, también lo es que su utilidad en contextos de violencia intrafamiliar es limitada. Estas correcciones son insuficientes para aplicar la perspectiva de género en este ámbito. Es preciso contar con mecanismos que permitan denegar el reconocimiento y la ejecución de decisiones dictadas en otros Estados miembros en contexto de violencia intrafamiliar, siempre que el interés del menor así lo aconseje. Además, también se precisa de medidas que garanticen, en su caso, un ejercicio seguro del derecho. A tales efectos, la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros se erige en una pieza esencial para lograrlo.

Es cierto que queda aún mucho camino por recorrer, pero proteger a nuestros niños, niñas y adolescentes no debe de ser lo más difícil de hacer, o al menos no, si ello es lo que se desea. Consideramos que la infravaloración del

Gender Mainstreaming en este ámbito se podría contrarrestar estableciendo un diálogo armónico entre el RB II ter y el resto de los instrumentos normativos de obligado cumplimiento en decisiones que afectan a los niños, niñas y adolescentes (CDN, observaciones generales de extensión, CEDH y CDFUE) y, en particular, con el Convenio de Estambul. Los jueces europeos deben aplicar el texto europeo teniendo claro que, por encima de los objetivos de integración europea se sitúa “siempre” el interés superior del menor, al tratarse de un valor irreductible que gobierna todo el sistema de protección consagrado en la CDN, diseñado exclusivamente para garantizar que los niños, niñas y adolescentes reciban la protección debida con respecto a los derechos allí registrados, entre ellos, el de no ser objeto de “ningún tipo de violencia”.

Referencias bibliográficas

- SANZ ÁLVAREZ, Ana Cristina (2019) “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia intrafamiliar de género: la protección de las víctimas en el ámbito de la Unión Europea. Perspectiva del Ministerio Fiscal” en Borges Blázquez, Simó Soler (Coords.), Martínez García, (Dir.). (2019) *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia intrafamiliar de género*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2020). *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- ESPINOSA CALABUIG, Rosario (2019). La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado. *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, (3), pp. 36-57.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (2018). Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, (151), pp. 107-134.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos & SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. (2022). *Derecho internacional privado*. Thomson-Reuters/Aranzadi.
- GONZÁLEZ MARIMÓN, María Del Mar (2021). *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- HERRÁNZ BALLESTEROS, Mónica (2010). Autoridad central y protección de niños, niñas y adolescentes: algunas funciones a examen. En E. González Bou, N.

- González Viada (Coords.), F. Aldecoa Luzárraga J.J. Forner i Delaygua (Dir.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 103-114.
- MARCHAL ESCALONA, Nuria (2013). "Supresión del "exequátur" en las resoluciones de restitución de niños, niñas y adolescentes vs. derechos de defensa: ¿crónica de una muerte anunciada?" En Vázquez Gómez, Adam Muñoz, Cornago-Prieto, (Coords.). *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho y Relaciones Internacionales*. AEPDIRI, pp. 631-641.
- MORENO CORDERO, Gisela (2021). "El interés superior del menor y su retorno seguro en sustracciones intracomunitarias fundadas en la violencia intrafamiliar de género: el grave riesgo en la guía de buenas prácticas" en Ortega Giménez (Dir.) Lorente Martínez, Heredia Sánchez (Coords.). *Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales*. Thomson-Reuters/Aranzadi, pp. 119-134.
- RUIZ SUTIL, Carmen (2018). Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. *Cuadernos de Derecho transnacional*, 10 (2), pp. 615-641.
- (2020). La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea. *La Ley. Unión Europea*, (83), pp. 1-29.
- RODRIGUEZ PINEAU, Elena (2017). Refundición del Reglamento Bruselas II bis; de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo. *Revista Española de Derecho internacional*, 69 (1), pp. 139-165.
- SALES PALLARÉS, Lorena y MARULLO, Chiara (2019-2020). Una trilogía inacabada: niños, niñas y adolescentes, violencia intrafamiliar de género y secuestro internacional. *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 19-20, pp. 163-187.
- VAQUERO LÓPEZ, Carmen (2016). Nuevas normas de derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de niños, niñas y adolescentes. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 16, pp. 395-414.
- VENTURA FRANCH, Asunción (2016). El convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica. *Revista de Derecho Político*, (97), pp. 179-208.

- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (2008). Mujer extranjera, violencia doméstica y violencia de género". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (4), pp. 699-712.
- ORTÍZ VIDAL, María Dolores (2019). "Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor" en P. Diago, P. Jiménez Blanco, C. Esplugues Mota (Dir.). *50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 327-337.
- REYES CANO, Paula (2018). *Niños, niñas y adolescentes y violencia de género. Nuevos paradigmas*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada.
- RUEDA VALDIVIA, Ricardo (2008). Mujer extranjera víctima de violencia de género y Derecho de extranjería. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, (18), pp. 81-117.
- PINTENS, Walter (2016). *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*. En U. Magnus, P. Mankowski (Ed.). Sellier European Law Publishers.

¿Trabajadores Asalariados o Cuentapropistas?: Regulación del Servicio de Reparto a través de plataformas digitales

Salaried Workers of Self- Employed?: Regulation of the Delivery Service through digital platforms

 **Mariano Giménez**

Instituto de Estudios para el Desarrollo Social, Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud, Universidad Nacional de Santiago del Estero (INDES, FHCSyS-UNSE)
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET)
marianogimenez100@gmail.com

 **Florencia Suarez**

Instituto de Estudios para el Desarrollo Social, Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud, Universidad Nacional de Santiago del Estero (INDES, FHCSyS-UNSE)
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET)
mflorsua@gmail.com

Resumen: En las últimas décadas se ha registrado una importante expansión de los servicios de distribución de documentos, mercancías, gestiones, pagos y cobranzas, y entregas a domicilio, tradicionalmente asociada a la figura del cadete o repartidor. Este servicio ha ido creciendo con el paso del tiempo incorporando nuevos trabajadores, muchos de los cuales se han organizado colectivamente en torno a la defensa de sus intereses. A su vez, durante la pandemia fue declarada como una actividad esencial por decreto del Poder Ejecutivo argentino, debido a las restricciones a la circulación. Pero a pesar de haber sido reconocido de esa forma, estos trabajadores desarrollan su tarea en condiciones de precariedad laboral, sin ninguna protección legal. Lo que proponemos en este artículo es hacer una revisión de los actores involucrados en el servicio de reparto y en la disputa por la regulación normativa de esta actividad, mediante la descripción y análisis de diferentes documentos como resoluciones, ordenanzas municipales y fallos judiciales; para finalizar con el examen de un proyecto de ley para el sector, basado en la presencia o ausencia de relación laboral entre empresas y repartidores de mercancías.

Palabras clave: SERVICIO DE CADETERÍA O REPARTO; REGULACIÓN ESTATAL; ACCIÓN COLECTIVA; ASPO.

Abstract: In recent decades there has been a significant expansion in the distribution services of documents, merchandise, managements, payments

and collections, and home deliveries, traditionally associated with the figure of the “cadete” or delivery person. This service has grown over time, incorporating new workers, many of whom have organized collectively to defend their interests. At the same time, during the pandemic, it was declared as an essential activity by a decree of the Argentine executive power, due to the restrictions on circulation. But, in spite of having been recognized in this way, these workers developed their task in precarious working conditions, without any legal protection. What we propose in this article is to make a review of the actors involved in the delivery service and in the dispute for the normative regulation of this activity, through a comparative analysis of documents such as resolutions, municipal ordinances and court rulings. Finally, we analyze the last bill for the sector, based on the presence or absence of labor relationships between companies and delivery workers.

Keywords: “CADETE” OR DELIVERY SERVICE; STATE REGULATION; COLLECTIVE ACTION; ASPO.

Fecha de recepción: 28/06/2023

Fecha de aceptación: 20/03/2024



¿Trabajadores Asalariados o Cuentapropistas?: Regulación del Servicio de Reparto a través de plataformas digitales

Mariano Giménez y Florencia Suarez

I. Introducción

En la posguerra, en varios países de América Latina, y particularmente en Argentina, se han aplicado diferentes políticas públicas a lo largo de distintas décadas. Estos conjuntos de decisiones, pueden dividirse en dos grandes grupos o miradas sobre la dirección que deben tomar las acciones del Estado: por un lado, con una alta injerencia de este en la promoción de la industria, mediante la sustitución de importaciones, y el impulso al mercado interno (Scartascini et al., 2011). Esta tenía como pilar la cobertura de los principales riesgos sociales y

125

protección de las relaciones laborales individuales mediante el trabajo asalariado. Apoyada en regulaciones estatales, regía un equilibrio entre la gran empresa, la organización estandarizada del trabajo y la presencia de sindicatos fuertes, asegurando regulaciones colectivas que contenían a gran parte de la población; es decir, que la mayoría de los individuos estaban cubiertos por sistemas de protección a partir del trabajo asalariado, con el Estado (de bienestar) como garante de esta situación (Castel, 2004).

Por otro lado, este equilibrio social entró en declive a nivel global, entre las décadas de 1970 y 1980, incluyendo a América Latina. En base a la liberalización propuesta por el Consenso de Washington, para responder al desafío de la competencia internacional, las empresas debían maximizar sus capacidades productivas y aumentar la rentabilidad de su capital y se pone el eje en la reducción de las cargas sociales de los trabajadores y los límites legales que conllevan, limitando la competitividad de las empresas en el mercado internacional.

Esta nueva fase en las relaciones laborales viene a discutir el empleo estable, con horarios y sueldos fijos, degradando las conquistas laborales y dando lugar a flexibilización del mercado de trabajo (Moreno Navarro, 1997; Castel, 1992). A partir de estas ideas que se imponen globalmente, el Estado es menos capaz de mediar entre el capital y el trabajo, en defensa del equilibrio social imperante hasta ese momento, dando paso a las reglas del mercado. Por tanto, se ven cuestionadas las instancias de defensa colectiva, degradando el tipo de regulaciones organizadas a partir del trabajo asalariado (Castel, 2004).

Durante la década de 1990, bajo la aplicación de la Ley de Convertibilidad se produjeron importantes cambios en el modo de regulación que fueron clave para el régimen de acumulación de ciertos grupos capitalistas, en detrimento de los sectores obreros y asalariados. Entre los objetivos buscados por este nuevo plan económico se destacan la reducción del costo salarial, del gasto público y la flexibilización de la fuerza de trabajo, que se llevaron a cabo a través del retiro

paulatino del Estado sobre el conjunto de la economía, con una escasa regulación que llevó al incremento de trabajo precario como una modalidad de relación laboral en el periodo (Neffa et al., 2005 citado en Berasueta y Biaffore, 2010).

El saldo final fue de una concentración económica bajo el capital transnacional, incremento de la desocupación, subocupación¹, la pobreza y la indigencia que alcanzaron niveles históricos (Berasueta y Biaffore, 2010). Tomando los datos del INDEC para ese periodo, se puede ver que en octubre de 1989 la desocupación era del 7,1% y la subocupación del 8,6%; mientras que una década después estos mismos indicadores ascendían al 13,8% y 14,3% respectivamente (Capogrossi, 2011).

En la práctica concreta se legalizaron y promovieron formas precarias de empleo como la especulación con los periodos de prueba como forma de evadir la registración laboral, modalidades de empleo propuestas por la Ley Nacional de Empleo N° 24.013, sistemas de pasantías, contratos de duración por tiempo determinado, trabajo en carácter autónomo o monotributista, y se facilitaron los trámites para suspensiones y despidos por parte de las empresas, además de reducir los costos de indemnización (Berasueta et al., 2010). Por estos motivos, la década iniciada en 1990 y el comienzo del 2000 estuvieron marcadas por la precariedad en el empleo, la cual perdura hasta la actualidad.

Ya iniciado el siglo XXI, en la etapa post-convertibilidad, particularmente desde 2002 en adelante, se produce un cambio de paradigma respecto al modelo anterior, especialmente en el rol activo del Estado en la economía en pos de estimular la demanda y el consumo de sectores asalariados. En este sentido, se priorizó la estabilidad en el empleo y la protección social de los trabajadores, con el objetivo de redistribuir la riqueza y alcanzar la recuperación de los sectores empobrecidos de la población (Berasueta et al., 2010).

¹ “La subocupación horaria se calcula como porcentaje entre la población subocupada y la población económicamente activa (PEA). Se considera como población subocupada aquella que trabaja menos de 35 horas semanales por causas involuntarias y que están buscando mejores condiciones laborales” (Capogrossi, 2011, p. 966).

Se realizaron importantes modificaciones en torno de las relaciones de trabajo marcadas por la flexibilización y precarización en el periodo 1989/2001, ya que se modificaron los sistemas de contratación, ahora dirigidos a abandonar las estrategias de “flexibilidad de ingreso”, el periodo de prueba, los contratos de tiempo parcial, entre otros, incentivando el sistema de negociación colectiva (Berasueta y Biafore, 2010).

En virtud de ello, las reformas iniciadas en el nuevo siglo han sido globalmente positivas y lograron poner un freno a los procesos de flexibilización, precarización y disminución del salario real. También se aclara que los cambios positivos producidos en la nueva legislación de trabajo, no siempre estuvieron articulados entre sí, es decir que no se gestaron formando parte de una propuesta integrada del Poder Legislativo (Berasueta y Biaffore, 2010).

Aun así, conforme a diversos autores (Busso, 2010; Berasueta y Biafore, 2010; Muñiz Terra et. al., 2016), solo al principio se observó una fuerte reducción de las tasas de desempleo y subempleo para luego aumentar y mantenerse una elevada proporción de trabajo no registrado a pesar de las políticas para combatirlo, es decir, un incremento de las formas precarias de empleo.

Estas características se van a extender por todo el país, teniendo un impacto particular en cada provincia de acuerdo a sus características económicas, políticas y sociales.

En este trabajo, se aborda uno de los sectores emergentes a partir de esta flexibilización laboral iniciada a fines del siglo pasado; nos referimos al servicio de reparto. El objetivo es realizar una revisión de los principales actores políticos, antecedentes de lucha colectiva, regulación normativa de la actividad y fallos judiciales sobre el sector, para finalmente, realizar un análisis de un proyecto de ley en el cual se plantea la existencia o no de relación laboral entre repartidores y las empresas, presentado durante la pandemia. Nos referimos al proyecto denominado “Estatuto del Trabajador de Plataformas Tecnológicas”, que fue

presentado en Diputados a inicios de la pandemia y ante su falta de tratamiento, se reiteró su presentación en el año 2022 y no tuvo avances en su tratamiento.

II. Servicio de cadetería o reparto

En las últimas décadas, en diversas áreas de la vida social y económica, se ha ido cambiando de modelos de riesgo socializado que garantizaban la existencia de ciertas redes y protecciones del trabajo, a modelos de riesgo privatizado, en donde los individuos quedan librados a sus propios medios. Para ello, es indispensable una racionalidad neoliberal, que proporciona discursos y prácticas que buscan convertir a las personas en sujetos autónomos responsables de su bienestar económico, que valoran su libertad individual por encima de todo. Se promueve la idea de los individuos como emprendedores de sí mismos, totalmente responsables de lo que pueden o no lograr, dejando de lado las estructuras económicas (Fridman, 2019)².

Asistimos a un proceso de degradación de las condiciones de trabajo y de las protecciones asociadas al trabajo y de ello resultan situaciones débilmente cubiertas por el “derecho” como trabajos a tiempo parcial, intermitente, trabajo independiente pero estrechamente subordinado a un contratista o demandante, subcontratación, trabajo en red, etc. (Carné, 2019; Castel, 2004). Por lo tanto, se reduce o se pierde la cobertura social asociada al trabajo asalariado, y la protección de los “riesgos” sociales queda como responsabilidad de los trabajadores, a partir de sus propios ingresos.

Uno de los sectores que va a surgir y se va a afianzar en este contexto, es el servicio de reparto. Se observa “una importante expansión de los servicios de

² Si bien Fridman (2019) resalta la idea de la *libertad financiera* en relación a los ingresos pasivos (provenientes de inversiones), también destaca la noción del manejo individual de la conducta y el modo en que debemos gobernarnos a nosotros mismos para alcanzar esa libertad, sin la dependencia del Estado, el mercado de trabajo, la empresa, etc. En ese marco, una parte de los repartidores valoran su libertad en esta actividad, como “trabajadores autónomos” o una lógica emprendedora (Haidar, 2020; Diana Menéndez, 2019)

distribución de documentos, mercancías, gestiones, pagos y cobranzas, y entregas a domicilio, tradicionalmente asociada a la figura del cadete” (Ralón, 2012. p.1). Los cambios en los hábitos sociales de consumo y en la construcción cultural de la temporalidad hacen que la reducción de la entrega de los productos sea un valor en sí mismo; que han impulsado nuevas formas de trabajo de las que los agentes de cadetería son una expresión (Grisci et al., 2007; Neto et al., 2003; Rodríguez, 2008 citados en Ralón, 2012).

El objeto en esta actividad está dado por la entrega de mensajes o la realización de “trámites” (Ralón, 2012), es decir, que el trabajo consiste en recorrer la geografía urbana llevando y trayendo documentos, dinero, realizar compras, entre otros trámites, para entregar a un tercero o realizar diligencias que otras personas no quieren hacer (Rodríguez, 2009). Por el pedido realizado el trabajador cobra al cliente una tarifa determinada.

En un primer momento este servicio era posible por las alternativas que brindaba la tecnología de ese momento, es decir, un teléfono de línea y un local en donde se recibían los pedidos de trámites, mediante llamadas o de manera presencial. Con el tiempo, esta forma de acceder al servicio, va a coexistir con otra, con la aparición de los teléfonos móviles.

III. Trabajadores de reparto mediante plataformas digitales

Podemos mencionar a la llamada “economía colaborativa” como una especie del género “bajo demanda”, que sucede cuando se explotan bienes personales “infrautilizados”, convirtiendo a sus propietarios en “microemprendedores” (Todolí Signes, 2017), cuyo centro de mercado es justamente aquel “bien compartido”, por lo que resulta secundaria cualquier prestación personal de servicio por parte de su propietario.

En tanto que el trabajo en plataformas supone una manera de compartir o intercambiar tanto bienes tangibles como intangibles a través de la tecnología moderna, basado en la intervención de terceros que se encargan de la realización

de servicios ofrecidos por una empresa mediante una aplicación móvil, sin formar parte de su estructura. Se manifiesta a través de la subcontratación de trabajo colectivo, de la división del trabajo en pequeñas tareas independientes y de la externalización del servicio mediante trabajos autónomos (Vallefin, 2018; Del Bono, 2019).

Impulsados por la revolución de la informática, de las comunicaciones y la creciente digitalización de la economía, se presenta una transformación en los procesos de trabajo, entre los que podemos destacar el uso de plataformas para los servicios de mensajería, el transporte y entrega de alimentos, y demás productos, para conectar a trabajadores supuestamente independientes, con consumidores y proveedores (Del Bono, 2019).

Este tipo de trabajo supone su actividad facilitada por la aplicación, pero en un espacio geográfico determinado, y los aspirantes deben contar con un vehículo (moto o bicicleta), un teléfono inteligente, tener una cuenta bancaria, participar de una jornada de capacitación, alquilar su “mochila de repartos” y estar en condiciones de realizar el trabajo mediante envíos a domicilio.

Los trabajadores de mensajería por plataforma reciben un pago fijo por cada reparto independientemente de la distancia que recorren y el tiempo que les ocupe la tarea.

Además, cada trabajador/a debe inscribirse por su cuenta en el régimen de monotributo y asumir todos los costos asociados a la actividad como el mantenimiento del aparato telefónico y su medio de transporte, el servicio de internet y el impuesto (Diana Menéndez, 2019).

El surgimiento de esta modalidad de trabajo es propio del escenario actual, caracterizado por el avance de la tecnología y la precariedad laboral, es decir, con la pérdida de protecciones sociales hacia quienes venden su fuerza de trabajo. Sumado a una racionalidad basada en la autogestión y el emprendedurismo.

En este sentido, el trabajo tradicionalmente fue la principal herramienta para la inserción en la sociedad, algo así como una carta de ciudadanía con efecto

aglutinador (Baylós y Pérez Rey, 2019). A través del empleo se obtenía la plena pertenencia a la comunidad, el vínculo social era el vínculo laboral (Baylós y Pérez Rey, 2019). “Hasta ahora, y desde hace dos siglos, el trabajo asalariado ha sido o ha intentado ser el lugar donde organizar al grupo social” (Cabello de Alba, Rodríguez Fernández, 2017, p. 17).

Sin embargo, aquella histórica tipicidad que supone el trabajo dependiente, por la cual un trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo a cambio de recibir una remuneración, parece verse interpelada por el surgimiento y desarrollo de nuevas formas de organización en torno a la labor apartadas de los márgenes de la relación laboral tradicional. Según el informe de la OIT: El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas (2016), esto es el resultado de la influencia de múltiples factores, que incluyen: los avances tecnológicos y los cambios en las estructuras de la producción, la presión generada por la globalización con las consiguientes modificaciones en las estrategias organizativas de la empresa, la concentración del poder económico y financiero, sumadas a la crisis sanitaria mundial.

Goldin (2020) sostiene que el régimen laboral se gestó bajo la idea de una única categoría de sujetos protegidos- los trabajadores dependientes-. Pero, en virtud de los cambios que experimenta el trabajo humano y la consiguiente dificultad que representa para el Derecho del Trabajo, tener que encuadrar en un único centro de imputación normativa al conjunto de trabajadores que hoy integran el mercado laboral, el ordenamiento jurídico podría estar avanzando hacia una segmentación del sistema protección del trabajo. Es decir, “una pluralización de los estatutos particulares, que implicaría un resquebrajamiento de aquella histórica lógica de unicidad reglamentaria con centro de imputación en una única y excluyente categoría” (Goldin, 2020, p.13). Esto daría paso a una asignación de estatutos especiales diferenciados, en los que el trabajador subordinado ya no sería el único, sino más bien uno más entre otros -como los trabajadores de la economía popular o de plataformas digitales-. En síntesis, la

legislación del trabajo podría estar evolucionando en el sentido de la diversificación creciente de sus contenidos, concibiendo normas y estatutos distintos para categorías diferenciadas.

IV. Antecedentes de lucha colectiva y de regulación normativa de la actividad

En escenarios democráticos, como es el caso de nuestro país, el proceso de formulación de políticas públicas involucra diversos actores, ya sea estatales y políticos profesionales (presidentes, legisladores, jueces, gobernadores, burócratas), como así también actores de la sociedad civil como grupos empresarios, sindicatos, medios de comunicación, que interactúan en ámbitos formales (como la legislatura o el gabinete), o informales (el espacio público) (Scartascini et al., 2011).

A su vez, en general, para que una causa o conflicto social sea reconocido como un problema a abordar por el Estado mediante políticas públicas, lleva largos periodos de tiempo, durante el cual se generan disputas entre diferentes actores, con distintas perspectivas e intereses. Algunos autores (Derthick y Quirk 1985; Baumgartner y Jones 1993; Eisner 1993, citados en Sabatier, 2010) sugieren que se necesitan periodos de veinte a cuarenta años para acumular conocimientos científicos sobre un fenómeno determinado. En este caso, el servicio de reparto es una actividad que se inicia hace más de dos décadas, y recién hace pocos años que se instaló de manera más profunda en los sectores académicos, y en la agenda pública.

El mencionado servicio, que desde sus inicios en los años '90, ha llevado a diferentes conflictos y luchas de intereses entre distintos actores sociales. Como suele suceder, muchos fenómenos se inician o son documentados en las grandes ciudades, como es el caso del surgimiento de las primeras organizaciones colectivas de los trabajadores motociclistas y mensajeros. Podemos mencionar la creación del Sindicato Independiente de Mensajeros y Cadetes (SIMECA), en CABA hacia finales de 1990 (Calvo y Gorini, 2013 citado en Becher, 2020a).

Asimismo, luego de varios intentos, a partir del año 2007, un grupo de jóvenes vio en A.Si.M.M³ (Asociación Sindical de Motociclistas, Mensajeros y Servicios) una herramienta de organización sindical para la defensa de sus derechos laborales. Como resultado de la lucha colectiva, se logró el único antecedente de regulación proveniente de la negociación colectiva y de alcance general para la actividad.

Por su parte, la Cámara de Empresas de Mensajería por Moto y Afines de la República Argentina (CEMMARA)⁴ se fundó en 1998 agrupando a diferentes empresas dedicadas al servicio de mensajería y reparto en C.A.B.A., y asesorando a aquellos empresarios que busquen interesados en insertarse en el sector.

Suscrito entre la Asociación Sindical de Motociclistas Mensajeros y Servicios (ASiMM) y la Cámara de Empresas de Mensajería por Moto y Afines de la República Argentina (CEMMARA), el Convenio Colectivo de Trabajo N° 722/2015 tiene un ámbito de aplicación geográfico limitado a la CABA y resulta aplicable a las relaciones de trabajo entre los empresarios representados por la nombrada cámara empresarial y los “trabajadores mensajeros”, definidos en la referida convención como “todo aquel que realice sus tareas laborales utilizando como herramienta de trabajo una moto, triciclo, ciclomotor, cuatriciclo, bicicleta y/o todo vehículo de dos ruedas y que realice gestiones, entrega, retiro de sustancias alimenticias, elementos varios de pequeña y mediana paquetería, en cualquiera de los vehículos citados en un plazo menor a las veinticuatro horas”.

También, se definen una serie de categorías de mensajeros, las exigencias de las empresas para ingresar a trabajar en ellas, un régimen remunerativo y de reconocimiento de gastos, diversas licencias y un límite a duración de la jornada laboral de cuarenta y cinco horas semanales (“a desarrollarse de lunes a viernes”) y de nueve horas diarias; mientras que para el repartidor domiciliario los valores se reducen a cuarenta horas semanales y ocho diarias.

³ <http://asimm.org.ar/quienes-somos/>

⁴ <http://www.cemmara.org.ar/about.html>

Finalmente, se prevé la tutela al trabajador ante la carencia sobreviniente de un vehículo propio para ejecutar la tarea. Asimismo, entre los beneficios relevantes que esta norma contiene se encuentra la consagración del principio general a través del cual, la contratación se entenderá celebrada por tiempo indeterminado, salvo por fundadas y excepcionales circunstancias y la contratación de un seguro de vida (art. 26).

A partir de la conformación de estos grupos corporativos del sector, se sanciona en el ámbito de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el año 2016, la Ley N° 5.526⁵, conocida como “ley delivery” que regula la actividad “Del Servicio de Transporte en Motovehículos y Ciclorodados” y a través de la cual se modificó el Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires incorporando en el artículo primero, definiciones referidas al servicio de entrega de productos a domicilio en el ámbito de CABA, así como también otras reglas y requisitos habilitantes. Pero la falta de aplicación de esta ley y reiterados conflictos evidenciados, a partir de distintas sentencias judiciales, motivó la modificación de esta norma. De esta manera, el día 16 de julio de 2020, la legislatura porteña sancionó la Ley N° 6.314, que reformó nuevamente las disposiciones del CTyT, tornando compatible la actividad de las empresas titulares de plataformas de servicios de entrega a domicilio con la legislación de tránsito porteña.

Entre las principales reformas que introdujo esta nueva ley se destacan la incorporación de la figura del “operador de plataforma digital”, la posibilidad de que las empresas califiquen a los repartidores como “autónomos” -con los consiguientes efectos negativos que esto podría acarrear en materia de garantía de sus derechos laborales- y el establecimiento de un nuevo sistema de habilitación a través del “Registro Único de Transporte de Mensajería Urbana y/o Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias”.

Por otro lado, la nueva ley establece una serie de obligaciones a cargo de los operadores de plataformas digitales y demás proveedores de servicio (por

⁵ <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley5526.html>

ejemplo, compartir con las autoridades los datos que describen el estado de la actividad, establecer un procedimiento eficaz para solucionar reclamos y proveer seguros de accidentes de trabajo). También, se establece la prohibición de implementar sistemas de incentivos o sanciones que fomenten los riesgos a la seguridad vial y de enviar notificaciones mientras los repartidores están haciendo la entrega, sumado a la obligación de capacitación de los repartidores y mensajeros que estará a cargo de la autoridad de aplicación, quien de considerarlo necesario, “podrá autorizar a personas humanas y/o jurídicas a dictar los cursos específicos de capacitación, certificando el contenido y la modalidad en el dictado de los mismos” (cap. 13.3.1).

En síntesis, podemos decir que la Ley N° 6.314 supone una adaptación de la ley local a la presencia de las plataformas digitales en la actividad del reparto de productos a domicilio y a las novedades que dicha presencia ha introducido en el sector.

Sin embargo, existen dos definiciones que realiza la norma que no parecen representar un paso hacia adelante en el reconocimiento de la relación de trabajo y la garantía de los derechos individuales, colectivos y de la seguridad social de dichos trabajadores. Por un lado, la calificación de “autónomos” que las empresas pudieran asignarles a los repartidores, y por otro lado, la incorporación de una definición específica para las empresas titulares de plataformas digitales, en caso que se las conciba como “meras intermediarias entre la oferta y la demanda”.

Por su parte, con el tiempo, la organización de A.Si.M.M., se extendió hacia varias provincias con delegaciones gremiales regionales, como en Tucumán, Trelew y Salta. También, en el año 2014, producto de una movilización popular, surgió en Bahía Blanca la Asociación Sindical de Trabajadores Mensajeros y Cadetes (ASTRAMYC) (Becher, 2020b).

Se identifican otras organizaciones como SiTraRepa (Sindicato de Base de Trabajadores de Reparto por Aplicación, el cual no tiene reconocimiento del Ministerio de Trabajo y SUCMRA (Sindicato Único de Conductores de Moto de la

República Argentina) con presencia en CABA, La Plata y Córdoba como ciudades más importantes. La primera, es la organización más reciente ya que se crea en el marco de la pandemia y a mediados de 2021 presentó su pedido de inscripción gremial en el Ministerio de Trabajo de la Nación. Por su parte, SUCMRA tiene presencia en 15 provincias, pero aún no cuenta con personería gremial y tiene una fuerte impronta de la cultura motoquera (Haidar et al., 2021).

Luego de estas referencias sindicales, en distintos puntos del país, se promulgaron leyes provinciales y ordenanzas municipales mediante las cuales reglamentan este servicio. A nivel federal, desde la Comisión Nacional de Comunicaciones, con la Resolución N° 604/2016, se crea el Subregistro de Prestadores de Servicios de Mensajería. Así como también la ordenanza 12701/17 de la Ciudad de Trelew⁷, la ordenanza N° 11845 de la Ciudad de Salta⁸ y proyectos de regulación en Mendoza⁹ que finalmente culminaron el 2 de agosto de 2018 con la promulgación de la ley 9086 de “movilidad” que habilita expresamente el funcionamiento de plataformas digitales para la actividad de transporte. En su art. 6° define el “transporte a través de plataformas electrónicas”, y lo hace del siguiente modo:

“es el servicio que con base en el desarrollo de tecnologías de dispositivos móviles, utilizando el sistema de posicionamiento global y plataformas independientes, permite conectar a usuarios que lo demanden, punto a punto, con conductores que ofrecen dicho servicio mediante el uso de la misma aplicación, para celebrar un contrato en los términos del artículo 1280 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, según se trate de un servicio de transporte público o privado, respectivamente”.

Asimismo, las políticas públicas son aplicadas de acuerdo a las circunstancias de un lugar determinado, es decir, que no existe un conjunto de políticas

⁶<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-604-2011-179995/actualizacion>

⁷<http://concejotrelew.gob.ar/digesto/?q=node/999>

⁸<http://200.68.105.23/cdsalta-digesto.gov.ar/ordenanzas/O-2002-11845-O.htm>

⁹<https://www.mendozapost.com/economia/mendoza-pedidos-ya-ley-regular-delivery/>

“universales”, más allá de cada contexto (Scartascini et al., 2011). Por lo tanto, no es casual que en muchas ciudades con presencia de organizaciones de trabajadores de este servicio, se establezcan regulaciones por parte del Estado, en sus distintos niveles.

Del lado de las empresas, en este caso Pedidos Ya, se establece los Términos y Condiciones¹⁰ para conectar a usuarios y repartidores, declarando que:

“PedidosYa únicamente pone a disposición de los Usuarios un espacio virtual de intermediación que les permite ponerse en comunicación mediante internet a los Usuarios, los Oferentes y los repartidores y así comprar y vender, respectivamente, los Bienes. PedidosYa no es proveedora ni propietaria de los Bienes, no tiene posesión de ellos ni los ofrece en venta”.

Por su parte, la empresa Rappi, Inc tiene una política similar a la recién mencionada, aclarando en un punto de sus Términos y Condiciones¹¹ que:

“12. Independencia de las Partes. Los Pickers y Rappi son Personas independientes, y nada en estos Términos y Condiciones tiene la intención o crea algún tipo de empresa conjunta, sociedad, joint venture o relación empleador/empleado entre los mismos”.

Hasta aquí, vemos distintos actores que participan en la discusión por las políticas públicas y regulaciones sobre el servicio de cadetería y reparto, ya sean estatales como las cámaras legislativas nacionales, provinciales y municipales; y agentes de la sociedad civil como sindicatos, cámaras empresariales y empresas de reparto mediante plataformas digitales.

V. La función judicial y sus fallos jurisprudenciales

¿Qué hacen los jueces? ¿Cuál es su función? ¿Por qué es importante la labor judicial? En líneas generales podemos decir que, a diferencia del legislador, la

¹⁰ https://www.pedidosya.com.ar/about/tyc_generals

¹¹ <https://legal.rappi.com.co/argentina/terminos-condiciones-app-soy-shopper-2/>

tarea de jueces y tribunales consiste en solucionar conflictos de intereses concretos, aplicando la norma, principios y fuentes propias del derecho del trabajo creadas por el primero en cada caso¹².

“Kelsen afirmaba que el Derecho vigente es la norma y la interpretación que realizan los jueces de ella en un momento determinado. De ahí, el rol fundamental que esta ocupa dentro de un sistema jurídico y en el marco de la evolución del régimen constitucional. Como bien destaca Vanossi, en la etapa anterior a la inclusión constitucional de las cláusulas económicas y sociales, la validez de la legislación obrera descansó en el criterio interpretativo de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (Ackerman, 2005, p.478).

En este sentido, no todas las normas jurídicamente relevantes tienen origen en textos sancionados por órganos legislativos; sino que muchas de ellas nacen de las costumbres sociales y la propia actividad jurídica. De hecho:

“Las normas de origen judicial, no sólo constituyen el núcleo más importante de algunos sistemas jurídicos, como el Common Law, vigente en EEUU o Inglaterra, sino que hasta en los sistemas de tipo continental europeo como el nuestro, tienen una vigencia no desdeñable para la solución de casos. Podría decirse que la distinción entre ambos sistemas se limita a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a la legislación o normas jurisprudenciales” (Nino, 2003, p.293).

Por consiguiente, aunque las normas generales que dicta el legislador son indispensables para la existencia del derecho, su importancia real, se limitaría a suministrar la materia prima con la que trabaja el intérprete. Navarro (2005) ha denominado, tesis de la inevitabilidad, a aquella teoría por la cual las normas no se aplican por sí mismas, sino que siempre es necesaria una decisión interpretativa que resuelva acerca de la aplicabilidad de una determinada norma.

¹²(...) su función no es reemplazar ni suplir al legislador sino respetarlo, cumplir sus mandatos hasta sus últimas consecuencias, actuando en los casos de duda, de conformidad con su espíritu y con su criterio fundamental. Si el legislador se mueve con un propósito protector, el intérprete también debe estar animado con el mismo criterio, (...) (Plá Rodríguez, 1998, p. 87)

Entonces podríamos decir que las reglas jurisprudenciales sirven para especificar y aclarar la interpretación de los textos legales y la elección de una u otra, tendrá posibles consecuencias relevantes. Pues “la necesidad de resolver casos particulares hace que la magistratura advierta, con más facilidad que los legisladores, efectos sociales inconvenientes de una disposición legal, razón por la cual procede a realizar una interpretación correctiva de aquella para impedir tales consecuencias” (Nino, 2003, p.302), revelando anomalías en la tarea legislativa y proponiendo criterios o doctrina para superarlas.

Pero ¿Qué sucedería con los cambios sociales? ¿Qué actitud deben asumir los juzgadores? Resulta innegable que “estos tienen alguna influencia sobre ellos, conteniéndolos o estimulándolos, no sólo a través de la reformulación de las normas jurídicas generales, sino también mediante el control de los procedimientos judiciales” (Nino, 2003, p.303). El Poder Judicial, puede actuar en forma reactiva, es decir, con poder de veto sobre la legislación, o proactiva, interpretando y moldeando las leyes según el conjunto de códigos que establece las reglas generales (Scartascini, 2011).

Por eso, muchas disputas de intereses entre los distintos actores mencionados, se dan también dentro del marco judicial. Estos son algunos ejemplos.

El fallo “Rojas, Luis R. M. y otros c. Rappi Arg. SAS s/ medida cautelar” del año 2019, trata a cerca de un grupo de trabajadores de Rappi que decidió organizarse sindicalmente y fundar la Asociación de Personal de Plataformas (APP), con la idea de nuclear:

“a todos los trabajadores que prestan servicios personales y habituales en empresas dedicadas al transporte terrestre de cosas y personas, vinculados y/o contratados mediante plataformas digitales y/o informáticas “a demanda” mediante aplicaciones informáticas, plataformas en líneas, “crowdworking” y/o cualquier otro medio informático que en el futuro los reemplace con ámbito de actuación geográfico en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Sin embargo, al tomar conocimiento las autoridades de la empresa, los trabajadores fueron bloqueados para ingresar a la plataforma digital, y —por ende— para trabajar.

Por tal motivo, interpusieron una medida cautelar, argumentando que dicho bloqueo equivalía en realidad a un despido y que tal acción respondía a un móvil discriminatorio en razón de su actividad. De esta manera, el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nro. 37:

“hizo lugar a la petición ordenando a la demandada RAPPI ARG S.A.S. que cese, en forma urgente, con la conducta antisindical desplegada y proceda inmediatamente a desbloquear el acceso a su aplicación informática y móvil (“Soy Rappi”), mediante sus respectivas identidades digitales (“ID”), de los actores ROGER MIGUEL ROJAS LUIS, ALEJANDRO NICOLAS GATTONI MORAGA y JULIO CESAR OLIVERO PERALTA a fin de que continúen prestando servicios en la misma forma y modo que lo hicieron hasta el 9/11/2018”¹³.

Pero, en junio de 2019, la empresa decide apeló y obtuvo una respuesta favorable de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo-Sala IX, la cual dejó sin efecto y revocó la decisión de primera instancia por considerar que ésta sólo tendría sentido si el vínculo entre las partes fuera laboral y que en esta instancia no era posible calificar la naturaleza de ese vínculo. Para la sala, hacer lugar a la medida de reinstalación implicaría adelantar un pronunciamiento.

Como se puede advertir, las opiniones sobre el fondo de la cuestión fueron divergentes. Mientras para el juez de primera instancia, el vínculo podía encuadrarse en una relación laboral, la Cámara consideró que no podía adelantarse opinión en este caso y por tal motivo dejó sin efecto la medida.

Algo similar ocurrió en junio de 2021, cuando el gobierno de la Provincia de Buenos Aires, mediante el Ministerio de Trabajo, aplicó una multa a la plataforma

¹³ <https://urgente24.com/actualidad/justicia/un-fallo-judicial-pone-en-jaque-rappi-y-en-alerta-las-apps>

digital Glovo (Kadabra S.A.S.)¹⁴. Dicho tribunal, a raíz de que la empresa apeló dejar sin efecto la multa, resolvió que los trabajadores de GLOVO, lo son en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo, y le ordenó pagar a esta última, la suma de \$ 6.318.000 por infracciones normativas en materia laboral.

Los hechos del caso surgen a partir de una multa impuesta por la cartera provincial, quien constató que, a través de inspecciones en las ciudades de La Plata, Quilmes, Martínez, Vicente López, San Isidro, Avellaneda, Lanús, Ramos Mejía, Lomas de Zamora y Banfield que la sociedad que explotaba la marca GLOVO incumplía la normativa laboral. A la hora de resolver, el tribunal consideró dos cuestiones medulares. Por un lado, la constitucionalidad del principio "Solve et repete" - pagar y luego reclamar-; y por otro lado, la naturaleza del vínculo entre la empresa que explotaba la marca Glovo y los repartidores o riders. Respecto a la primera de las cuestiones no profundizaremos aquí dado que no hace al objeto de estudio, pero con respecto a la segunda de las cuestiones -naturaleza del vínculo entre Glovo y riders-, se tuvo en cuenta que existe una vinculación entre los trabajadores (repartidores) y la empresa Glovo dado que la empresa es quien utiliza y explota comercialmente la aplicación que media entre los proveedores y los usuarios; la contraprestación que reciben los repartidores es determinada y pagada por la empresa; los trabajadores se incorporan a una empresa ajena, lo que configura una relación de dependencia; y los usuarios son clientes de Glovo, y que es esta quien impone el precio, sanciona a los riders e incluso bloquea sus aplicaciones, entre las cuestiones más trascendentes. Por último, el tribunal analizó las nuevas economías de plataforma y expuso que generalmente a través de dichas prácticas se intenta enmascarar los tradicionales sujetos del contrato de trabajo.

Acto seguido, se presentó una apelación contra la resolución administrativa por parte de la empresa, en agosto de 2021, planteando la nulidad de la resolución

¹⁴ <https://normas.gba.gob.ar/documentos/04QaKpsN.pdf>

emitida, la cual fue denegada por el Tribunal de Trabajo N°4 de La Plata, argumentando que:

“La incorporación del trabajador a una estructura empresarial ajena, implica la relación de dependencia en los términos de los arts. 22 y 23 de la LCT y no puede la demandada desconocer su carácter de empresario-organizador, mediante su plataforma digital, de los medios personales, materiales e inmateriales, para el logro de fines económicos o beneficios”¹⁵.

Con estos ejemplos, se pone en evidencia la disputa entre diferentes actores en cuanto a la regulación del servicio de cadetería o reparto. Por un lado, el Estado representado por un Poder Ejecutivo provincial, el Poder Judicial como árbitro o intérprete y sectores de la sociedad civil como las plataformas digitales, y sus trabajadores. Lo que se pone en juego es la calificación jurídica del vínculo (autónomo o dependiente) entre las empresas y los repartidores, con sus derechos laborales correspondientes.

VI. Pandemia por Covid-19

Por otro lado, a comienzos de marzo de 2020, se dictó el Decreto 260/2020¹⁶ del Estado nacional, que limitó la circulación de personas en el país para proteger la salud pública a causa de la pandemia por Covid 19, es decir, el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO), para luego, con la baja de los casos, dar paso al Distanciamiento Preventivo y Obligatorio (DISPO), con mayores libertades para gran parte de la población; a su vez que, a partir del 19 de marzo, mediante el Decreto 297/2020¹⁷ se exceptuaron algunas actividades declaradas esenciales en la emergencia, y entre ellas se encuentra el “reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de

¹⁵ <https://www.infogremial.com/wp-content/uploads/2021/09/FALLO-KADABRA-SA.pdf>

¹⁶ Decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020. Boletín oficial de la Nación Argentina (12 de marzo de 2020). <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-260-2020-335423/texto>

¹⁷ Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020. Boletín oficial de la Nación Argentina (19 de marzo de 2020) <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>

necesidad”. Por lo tanto, queda incluido dentro de esta denominación el servicio de cadetería, mensajería o reparto, en sus distintas modalidades.

A raíz de estas decisiones estatales, y las dificultades de grandes sectores de la población para seguir con sus actividades laborales, muchos ciudadanos, van a empezar a trabajar en el servicio de reparto, ya sea sumándose a una cadetería tradicional, mediante plataformas digitales o de manera particular (mediante redes sociales o WhatsApp) (Haidar y Plá, 2021; Haidar, 2020; Gimenez, 2023).

Existen hechos o circunstancias que, por sus dimensiones y formas de manifestación, llama la atención de las autoridades sobre la necesidad de actuar, lo que Medellín Torres (1997) denomina una situación detonadora. El advenimiento de la pandemia modificó gran parte de las relaciones económicas, políticas y sociales, y el Estado debía corregir los desequilibrios ocurridos en este contexto. Esta situación funcionó como una ventana de oportunidad para algunos sectores de trabajadores, entre ellos, el servicio de cadetería o reparto que, al ser declarado esencial, tuvo una gran visibilidad y pasaron a formar parte de una agenda gubernamental, preliminar de políticas públicas. Así, desde distintos sectores políticos, surgieron proyectos para darle un marco legal a esta actividad, a nivel federal. Podemos mencionar una iniciativa desde el Ministerio de Trabajo de la Nación, un proyecto denominado “Régimen del Trabajo en Plataformas Digitales Bajo Demanda”, un estatuto específico para el trabajo en plataformas, pero que nunca logró trascender el ámbito del Ministerio (Haidar et al., 2021). Además, podemos mencionar otro proyecto de ley sin tratamiento en el congreso, presentado por diputados del bloque de Juntos por el Cambio en 2020, titulado “Régimen especial de trabajo autónomo en los contratos de economía bajo demanda”.

Después de todo este recorrido, en este trabajo nos centramos en un proyecto en particular¹⁸, que fue presentado a inicios de la pandemia, y ante la falta de su tratamiento, se reiteró su presentación en 2022, por diputadas de la UCR. Este se presenta como un correlato de las nuevas formas laborales, la revolución tecnológica y la informalidad, reconociendo un vacío en la Ley de Contratos de Trabajo (LCT) N°20.744, dado que las nuevas formas de organización en torno al trabajo superan las tradicionales relaciones de dependencia, y requieren la readecuación normativa; que además llevan a un incremento de la judicialización de las relaciones laborales.

A través de este Proyecto de Ley se reconoce la importancia y el crecimiento del servicio de reparto mediante plataformas digitales en los últimos cinco años mediante emprendimientos extranjeros con filiales nacionales e impulsando otros de origen nacional. De acuerdo a lo especificado, en Argentina funcionan más de 10 empresas bajo la modalidad de plataformas de servicios, e integran aproximadamente 160.000 trabajadores; y en la mayoría de estos casos, la vinculación entre repartidores y plataforma se presenta bajo un esquema de independencia y autonomía, mediante el régimen de monotributo, con ausencia de mecanismos protectores como seguro, salario mínimo, licencias y descanso para los trabajadores.

De esta forma, este proyecto titulado “Estatuto del trabajo del trabajo de plataformas tecnológicas” es un intento de regular a aquellos que no responden al paradigma de trabajo asalariado tradicional, en relación de dependencia, y manifiesta la necesidad de equilibrio entre las tecnologías, las nuevas modalidades laborales y la protección de los trabajadores.

¹⁸ Expediente Diputados: 0562-D-2022

Tiene un alcance en todo el territorio de la República Argentina para todas las relaciones laborales que vinculan plataformas tecnológicas registradas con la fuerza de trabajo que distribuye o entrega productos, a través de estas plataformas, por cualquier medio de movilidad. Además, reconoce a otros actores en este proceso como el empleador, proveedor y clientes, pero pone el acento en los derechos y obligaciones de los trabajadores y las empresas.

En este sentido, afirma que habrá relación de trabajo:

“...siempre que una persona física se registre en la plataforma tecnológica como prestador de la movilidad para la distribución o entrega de productos a demanda de los clientes, mediante el pago de una remuneración”.

A su vez, los trabajadores pueden vincularse de dos maneras con las plataformas. La modalidad autónoma: aquellos que en forma habitual o esporádica registren un máximo de 21 horas semanales; y la modalidad dependencia: aquellos que cumplan entre 21 y 48 horas semanales de conexión. Por lo tanto, el tiempo de vinculación a la plataforma va a conformar la jornada de trabajo, en la cual los trabajadores autónomos pueden disponer libremente de su distribución de horas y conexiones diarias, siempre que no supere el límite de la modalidad; mientras que los trabajadores dependientes deberán acordar con el empleador un régimen de distribución de horas según la necesidad del servicio.

A su vez, sólo los trabajadores en relación de dependencia tendrán derecho a percibir Sueldo Anual Complementario, días de vacaciones con una retribución, y derecho a licencias. Además, bajo esta modalidad se tiene derecho a la jubilación ordinaria con la contribución patronal. Por su parte, para los trabajadores autónomos se prevé que den “cumplimiento a sus obligaciones previsionales y tributarias mediante su inscripción en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes, instituido por la Ley 24.977, o al Régimen General según corresponda”.

En cuanto a la extinción de la relación, si transcurren 30 días sin que el trabajador se haya puesto a disposición mediante *logueo* o haber comunicado, se considerará extinguida la relación, sin derecho a remuneración. Ahora bien, si se

produce un bloqueo o impedimento del empleador, sin causa justificada, para que el trabajador pueda *loguearse* en cualquiera de sus modalidades, durante un lapso mayor a 15 días, se produce la extinción de la relación y genera derecho a indemnización.

Además, el empleador debe garantizar las condiciones de higiene y salubridad de los trabajadores; así como también la protección contra los riesgos de trabajo discriminados según modalidad de trabajo, ART para los dependientes y un seguro contra accidentes y enfermedades en el caso de los autónomos.

Finalmente, el proyecto de ley prevé el derecho de organización sindical libre, de negociación colectiva y de huelgas.

VII. Consideraciones Finales

Desde hace varias décadas que el servicio de reparto se instaló como una actividad cada vez más requerida, tanto por los usuarios como por quienes buscan trabajo. Desde sus comienzos, siempre estuvo marcada por la precariedad laboral, es decir, que no estaba regulada, y quienes se desempeñaban como cadetes o repartidores no gozaban de protección, seguridad, estabilidad, ni los demás derechos laborales del trabajo formal o en relación de dependencia, considerándose generalmente trabajadores autónomos.

Luego de mucho tiempo de ser un sector que no estaba en la agenda gubernamental, se fueron generando hechos significativos para su visibilidad, como la conformación de sindicatos, cámaras empresariales, el surgimiento de las plataformas digitales y fallos judiciales a favor y en contra del reconocimiento de una relación laboral entre repartidores y empresas.

En este marco, se aprobaron leyes provinciales y ordenanzas municipales en distintas ciudades, que regulan la actividad de estos trabajadores. En general, donde se avanzó con estas regulaciones, son lugares donde había una presencia de sindicatos de repartidores, muchas veces con relación con sus pares de Buenos Aires, con mayor experiencia en materia de organización colectiva.

Asimismo, una situación clave para su visibilización fue el ASPO, consecuencia de la pandemia por Covid 19, debido a que, ante la prohibición para circular, la actividad llevada a cabo por los repartidores fue declarada esencial, lo que hizo que se incrementará su demanda y que mucha gente que había perdido sus trabajos, empiece a dedicarse a esta tarea. Al mismo tiempo de tener permiso para circular y poder trabajar, seguían sin reconocerles derechos, y continuaban siendo autónomos, en condiciones de precariedad.

En dicho contexto, es que se presentan diferentes proyectos de ley para reconocer derechos de los trabajadores de cadetería y reparto, sobre todo, mediante plataformas digitales, pero no tuvieron tratamiento legislativo. En efecto, un grupo de diputadas volvió a presentar el mismo proyecto en el 2022.

El proyecto de ley bajo análisis pretende dar respuesta a nuevas situaciones laborales, y da la opción a estos trabajadores de tener una relación autónoma o de dependencia con la aplicación digital, que va a mediar entre productores y consumidores.

Finalmente, en esta disputa entre el reconocimiento de la relación laboral y el carácter colaborativo de las empresas, particularmente las aplicaciones digitales, todavía no se puede decir que hay un acuerdo respecto a la regulación de este servicio, ya que, hasta la fecha, aún no está regulada la actividad para garantizar adecuadamente los derechos laborales de los repartidores, quienes continúan trabajando como autónomos o cuentapropistas.

En este sentido, en su informe sobre trabajo atípico en el mundo, la OIT listó recomendaciones incluyendo aquellas que aseguran que todas las formas de diálogo social y movilización están adaptadas a la situación de los trabajadores concernidos. La negociación colectiva permite que las circunstancias particulares de un cierto sector o empresa sean tenidas en consideración y de esa manera se constituye en un modo adecuado de reducir las inseguridades que afectan a los trabajadores atípicos, incluidos aquellos ocupados en el trabajo de plataformas (Goldín, 2020, p. 45).

Referencias bibliográficas

- ACKERMAN, Mario (2005). *Tratado de derecho del trabajo*. Rubinzal Culzoni.
- BAYLÓS GRAU, Antonio y PEREZ REY, Joaquín (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Editorial Trotta.
- BECHER, Pablo (2020a). Construcción sindical y experiencias de conflictividad en cadetes y mensajeros precarizados en Bahía Blanca: el caso Astramyc. *Revista Ejes de Economía y Sociedad*, 4 (6), pp. 147 - 173.
- BECHER, Pablo (2020b). Precarización laboral en los lugares de trabajo: un estudio de las experiencias de trabajadores de la moto (mensajeros y cadetes) en Bahía Blanca (Argentina). *Revista Conjeturas Sociológicas*, 8 (21), pp. 109 - 134.
- BERASUETA, Ana, BIAFFORE, Eugenio, NEFFA, Julio C. y WAHLBERG, Verónica (2010). *Empleo, desempleo y políticas de empleo. Las principales reformas de la relación salarial operadas durante el periodo 2002-2009*. Editores CEIL-PIETTE CONICET. N° 3.
- BIAFFORE, Eugenio y BERASUETA, Ana (2010). Principales Reformas Normativas en el ámbito laboral. Período 2002/2009. En NEFFA, Julio C., PANIGO, Demian y PEREZ, Pablo (2010). *Transformaciones del empleo en Argentina. Estructura, dinámica e instituciones* (pp. 155- 180). Ediciones CICCUS.
- BUSSO, Mariana (2010). Las crisis y el trabajo informal en la Argentina (o de cómo las crisis socioeconómicas permean lugares de trabajo «atípicos»). *Revista Atlántida*, 2, pp.125-138.
- CABELLO DE ALBA, Laura y RODRIGUEZ FERNANDEZ María Laura (2017). *El futuro del trabajo que queremos*. Editorial Bomarzo.
- CAPOGROSSI, María L. (2011). Las transformaciones de la relación salarial durante los noventa y su impacto en las convenciones colectivas de trabajo del Sindicato Unido Petroleros del Estado (SUPE). *Antíteses*, 4 (8), pp. 959-980.
- CARNÉ, Martín (2019). Cuando más no es mejor: el cuentapropismo en la Argentina de Cambiemos. IGLESIAS, Esteban y LUCCA, Juan Bautista (comps.) *La Argentina de Cambiemos*. Universidad Nacional de Rosario Editora, pp. 287-306.
- CASTEL, Robert (1992). De la exclusión como estado a la vulnerabilidad como proceso -resumen-. *Justice sociale et inégalités*, Esprit, París, 1992. Traducción de Archipiélago, 21.
- CASTEL, Robert (2004). *La inseguridad social: ¿Qué es estar protegido?* Primera edición, quinta reimpresión. Manantial.

- CASTEL, Robert (2009). *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Fondo de Cultura Económica.
- DEL BONO, Andrea (2019). Trabajadores de plataformas digitales: Condiciones laborales en plataformas de reparto a domicilio en Argentina. *Cuestiones de Sociología*, 21.
- DIANA MENÉNDEZ, Nicolás (2019). ¿Qué hay de nuevo, viejo? Una aproximación a los trabajos de plataformas en Argentina. *Revista de Ciencias Sociales*, 3 (165), pp. 45 - 58.
- FRIDMAN, Daniel (2019). *El sueño de vivir sin trabajar*. Siglo Veintiuno Editores.
- GIMENEZ, Mariano (2023). El Servicio de Cadetería y Reparto en Santiago del Estero: situación sociolaboral durante el ASPO y DISPO. *Revista Lavboratorio. Revista de estudios sobre cambio estructural y desigualdad social*, 33 (2), pp. 130 - 148.
- H AidAR, Julieta, DIANA MENENDEZ, Nicolás, BORDAMPARE, Gastón, PEREZ, Milagros y ARIAS, Cora (2021). *Las plataformas de reparto en Argentina: entre el cambio de gobierno y la pandemia*. Colección #MétodoCITRA N° 08. CITRA CONICET-UMET.
- H AidAR, Julieta y PLA, Jesica (2021). ASPO (Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio) y plataformas de reparto en la CABA. Sus impactos en las dinámicas de trabajo y los trabajadores. *Revista Trabajo y Sociedad*, 36 (22), pp. 81 - 100.
- MEDELLÍN TORRES, Pedro (1997). Inestabilidad, incertidumbre y autonomía restringida: Elementos para una teoría de la estructuración de Políticas Públicas en Países de Baja Autonomía Gubernativa. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 8.
- MORENO NAVARRO, Isidoro (1997). Trabajo, ideologías sobre el trabajo y culturas del trabajo. *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, n° 3.
- MUÑÍZ TERRA, Leticia; PLÁ, Jesica; LÓPEZ CASTRO, Natalia (2016). Estudios sobre la estructura social y el mundo del trabajo en los últimos años (2003-2014). En S. ALVAREZ LEGUIZAMÓN, Sonia, ARIAS, Ana y MUÑIZ TERRA, Leticia (Coords.), *Estudios sobre la estructura social en la Argentina contemporánea*. CLACSO; CODESOC - Consejo de Decanos de Facultades de Ciencias Sociales y Humanas. PISAC-Programa de Investigación sobre la Sociedad Argentina Contemporánea.
- NAVARRO, Pablo (2005). A cerca de la inevitabilidad de la interpretación. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, (22), pp. 99-122.
- NINO, Carlos (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Astrea.

- RALÓN, Gonzalo (2012). Mensajería en moto: condiciones laborales y riesgos en una actividad en expansión. II Congreso Nacional de Relaciones Laborales ACILTRHA/ I Congreso Internacional de Integración Laboral Regional de América Latina UITEC. ACILTRHA / UITEC.
- RODRÍGUEZ, María (2009). Los mensajeros en moto de Buenos Aires. La reconstrucción de los conceptos de politicidad, acción política y cultura política a partir de un recorrido por sus prácticas” *Documentos de Investigación Social*, (4). Universidad Nacional de San Martín.
- TODOLÍ SIGNÉS, Adrián (2017). El trabajo en la era de la economía colaborativa. Tirant lo Blanch, pp. 13, 63-64 y 22
- VALLEFIN, Lucio (2018). ¿Inflando el “Glovo”? Un análisis sobre los nuevos mecanismos de delivery y su abordaje en la jurisprudencia reciente. *Revista Derechos en Acción*, (9), pp. 403-426.
- SABATIER, Paul (2010). *Teoría del proceso de las políticas públicas*. 1a ed. - Buenos Aires, Argentina. Jefatura de Gabinete de Ministros, Presidencia de la Nación.
- SCARTASCINI, Carlos, SPILLER, Pablo, STEIN, Ernesto y TOMMASI, Mariano (2011). ¿Cómo se juega en América Latina? Instituciones políticas, procesos de negociación y políticas públicas. En SCARTASCINI, Carlos, SPILLER, Pablo, STEIN, Ernesto y TOMASSI, Mariano (eds) *El Juego Político en América Latina: ¿Cómo se deciden las políticas públicas?* pp. 1 - 32. Banco Interamericano de Desarrollo.
- SCARTASCINI, Carlos (2011). ¿Quién es quién en el juego político? Describiendo a los actores que intervienen, y sus incentivos y funciones. En SCARTASCINI, Carlos, SPILLER, Pablo, STEIN, Ernesto y TOMASSI, Mariano (eds) *El Juego Político en América Latina: ¿Cómo se deciden las políticas públicas?* pp. 33 - 74. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Haidar, Julieta (2020). La configuración del proceso de trabajo en las plataformas de reparto en la ciudad de Buenos Aires. Un abordaje multidimensional y multi-método (julio / agosto de 2020). Informe de coyuntura N° 11, octubre 2020. Instituto de Investigaciones Gino Germani, UBA.

Documentos

- GOLDÍN, Adrián (2020). Informe: Los trabajadores de plataforma y su regulación en Argentina. Cepal.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). Informe: El empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas. Oficina Internacional del Trabajo.

Género, desigualdad y seguridad en Argentina: ¿pueden las víctimas y victimarias coexistir en el mismo universo penal?

Gender, inequalities and security in Argentina: can victims and offenders coexist in the same penal universe?

 **Laura Glanc**

Instituto Universitario de Gendarmería Nacional Argentina (IUGNA)
lglanc@gmail.com

 **Fernanda Page Poma**

Instituto de Investigaciones Políticas (IIP)
Consejo Nacional de Investigaciones Científica y Técnicas (CONICET)
Instituto Universitario de Gendarmería Nacional Argentina (IUGNA)
fernandapage@gmail.com

 **Fiorella Canoni**

Instituto Universitario de Gendarmería Nacional Argentina (IUGNA)
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Provincia de Buenos Aires
fiorecanoni@gmail.com

Resumen: Históricamente el foco de la política criminal estaba puesto en la figura potencialmente peligrosa representada por el varón, joven y pobre, mientras que las mujeres quedaban invisibilizadas de aquel universo que conforma la peligrosidad. Es decir, el colectivo de mujeres se ubicaba por fuera de aquellos actores asociados con el delito y la violencia social capaces de poner en jaque la seguridad del orden público en nuestro país. Esta invisibilización del colectivo de mujeres en el ámbito de la seguridad fue posible mediante el sustento de un sistema dominante patriarcal que legitimaba prácticas desiguales hacia las mujeres. A su vez, esta desigualdad de género se acrecentaba considerablemente en el segmento de mujeres pobres. Esto es porque los crímenes relacionados con la pobreza son más frecuentes entre las mujeres. Aún más, es precisamente esta población quien mayoritariamente puebla las cárceles en nuestro país. En este trabajo nos proponemos articular la perspectiva de género con los estudios de la seguridad ciudadana en la Argentina contemporánea, con foco en el sistema penal. Específicamente, nos interesa indagar quiénes son las mujeres que están en conflicto con el sistema penal y

han atravesado contextos de encierro. Mostraremos que muchas de las mujeres que están en conflicto con la ley penal no sólo son sospechosas o responsables de cometer algún delito, sino a su vez víctimas de delitos de violencia de género, así como también de actos que tal vez sin llegar a ser delitos *per se*, involucran situaciones violentas, de discriminación y desigualdad siendo estas mujeres propensas a ser víctimas y victimarias a la vez. Tomando como punto de partida el concepto de víctima-victimaria de una manera crítica señalaremos cómo estas dos categorías lejos de ser fijas, se van construyendo, intercambiando, superponiendo o coexistiendo por los diferentes canales que el sistema penal le depara a cada mujer en particular. Sin embargo, en su gran mayoría predomina una categoría sobre otra: la de delincuente sobre la de víctima. La metodología utilizada fue de carácter mixto. Se llevaron a cabo entrevistas, revisión documental y periodística, y análisis cuantitativo de datos estadísticos. Este artículo es un avance de los resultados obtenidos.

Palabras claves: GÉNERO; SEGURIDAD; VÍCTIMA; VICTIMARIA.

Abstract: Historically, criminal policy has predominantly centered on the male figure, rendering women invisible within both the realm of security and the threats they face. The intersection of gender and security has gained attention only in recent years. This invisibility of women in security is facilitated by a patriarchal system endorsing unequal treatment. While gender inequality spans all social classes, women from the lower strata bear a more pronounced impact, and this is because crimes related to poverty are more frequent among women. This article explores the interplay between gender and security in contemporary Argentina, particularly within the penal system. Our focus lies in identifying the women interacting with the penal system and experiencing incarceration. We reveal that many women involved with criminal law are not just suspects or perpetrators but, on many occasions, also victims of gender-based crimes and non-criminal violence, encompassing situations of discrimination and inequality. Consequently, these women may simultaneously be both victims and perpetrators. Starting with the victim-offender overlap concept, we critically analyze how these categories are fluid, exchanged, overlapped, or coexisting through various channels within the penal system. Nevertheless, the prevailing categorization tends to lean towards portraying them as delinquents. Employing a mixed methodology involving interviews, document and media analysis, and quantitative statistical scrutiny, this article provides a glimpse into the obtained results.

Key words: GENDER; SECURITY; VICTIM; OFFENDER.

Fecha de recepción: 27/06/2023
Fecha de aprobación: 20/03/2024



Género, desigualdad y seguridad en Argentina: ¿pueden las víctimas y victimarias coexistir en el mismo universo penal?¹

Laura Glanc, Fernanda Page Poma y Fiorella Canoni

“la violencia se ejerce con amor”²

I. Introducción

El 17 de octubre de 2018 se conocía la noticia de la *muerte de Fernandito*, un chico de 13 años que luego de haber luchado contra el cáncer falleció en su casa, en Bolivia, de la mano de su madre Claudia, quien fue autorizada por un juzgado argentino para viajar junto a su beba, ambas alojadas en el penal de Güemes del Sistema Penitenciario Federal Argentino. Esta acción extraordinaria de la justicia argentina fue para que Claudia pudiera acompañar los últimos días de su hijo

¹ Este artículo se llevó a cabo en el marco de un proyecto de investigación radicado en el Instituto Universitario de Gendarmería Nacional titulado “Género y la lógica de la seguridad en la Argentina contemporánea”, aprobado por resolución rectoral 03/20. Agradecemos a las autoridades del IUGNA el apoyo para este proyecto. Asimismo, queremos agradecer a Ana Safranoff y Antonella Tiravassi, por facilitar los datos originales relevados por el Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia CELIV/UNTREF (2019) a personas privadas de su libertad, mediante encuestas. También agradecemos los comentarios de los evaluadores anónimos, ya que contribuyeron a generar una mejor versión de este artículo.

² Entrevista con Natalia, 25 de septiembre de 2020. Para mantener el anonimato de la entrevistada, su nombre fue cambiado.

Fernando. La historia de Claudia es conocida porque fue detenida en la frontera entre Bolivia y Argentina intentando ingresar 1 kg de cocaína para pagar el tratamiento oncológico de Fernando³.

Este episodio lo traemos a fines de reflexionar respecto de la seguridad, la especial situación de intersección de vulnerabilidades al que se ven expuestas las mujeres, más que todo cuando entran en contacto con la política criminal⁴. Si bien la desigualdad de género atraviesa todas las clases sociales, las mujeres de los estratos sociales más bajos son quienes más la padecen (Serrano Suárez, 2020); más aún si se cruzan otras situaciones como ser extranjera, jefa de hogar, con hijos a cargo como el caso que estamos analizando de Claudia. Esto es porque la pobreza y las tareas del cuidado impactan de una manera diferente entre varones y mujeres.

A su vez, como señala la guía coordinada por Washington Office on Latin America (WOLA), el Consorcio Internacional Sobre Políticas de Drogas (IDPC), Dejusticia y la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (2016, p. 3) si bien las mujeres de bajos recursos económica y pobre formación educativa son quienes más entran en conflicto con la ley penal, rara vez constituyen una amenaza para la seguridad de la sociedad. En efecto, según WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM (2016, p. 3) “la mayoría son detenidas por realizar tareas de bajo nivel, pero de alto riesgo (distribución de drogas a pequeña escala o por transportar drogas), como una manera de enfrentar la pobreza o, a veces, por la coacción de una pareja o familiar”.

La situación de Claudia, como de muchas de otras mujeres que cometen delitos menores vinculados a situaciones de pobreza, muestra que tenía bajo su cargo el

³<https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2018/10/17/murio-fernandito-el-hijo-de-la-mujer-boliviana-detenida-por-pasar-cocaina-al-pais-para-pagar-su-quimioterapia/>

⁴ En este trabajo, el campo de la seguridad ciudadana hace referencia a la problemática del delito y la violencia principalmente desde el ángulo de la ciudadanía. Mientras que el campo de la política criminal se refiere a la gestión de la conflictividad entendida desde su multicausalidad, comprendiendo que quien lleva a cabo los delitos está atravesado/a por un universo social y privado complejo. Para una discusión sobre estos conceptos ver (CIDH, 2009; INECIP, 2021, entre otros).

cuidado de sus hijos, incluido un hijo en situación terminal. Este dato no es menor, ni casualidad. Es decir, debido a los roles de género socio-culturalmente asignados a las mujeres, en Argentina, los datos muestran que las mujeres destinan aproximadamente 6,31 horas por día haciendo trabajos no remunerados, que fundamentalmente consisten en realizar tareas de cuidado, mientras que los varones dedican, en promedio, sólo 3,40 horas diarias (INDEC, 2022). Estos datos se incrementan más aún en aquellas mujeres que pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad, “ya que no pueden tercerizar” la realización de tareas domésticas y/o cuidados, siendo muchas veces ellas mismas quienes las realizan (Allen, Cárdenas, Pereyra y Sagaris, 2019). Incluso, como veremos más adelante, algunas de estas mujeres, de bajos ingresos, con falta de empleo formal y niños menores de 4 años a cargo hoy en día son quienes comúnmente pueblan las cárceles en nuestro país⁵.

Es así que en este trabajo nos proponemos trabajar desde una perspectiva de género los problemas asociados a la seguridad en la Argentina contemporánea, con foco en el sistema penal. Específicamente, nos interesa indagar quiénes son las mujeres que están en conflicto con el sistema penal y han atravesado contextos de encierro. Mostraremos que muchas de las mujeres que están en conflicto con la ley penal no sólo son sospechosas o responsables de cometer delitos, sino también víctimas de la delincuencia común, pero también de actos que tal vez sin llegar a ser delitos *per se*, involucran violencia y situaciones de maltratos que las colocan en situaciones de desigualdad, propensas a ser víctimas y victimarias a la vez. Si bien en este artículo el foco está puesto en el colectivo de mujeres cis, entendemos que la identidad de género es un concepto más amplio e involucra a también a otros colectivos, atravesados por la desigualdad hegemónica patriarcal que nuestras sociedades experimentan. Dada la complejidad, dificultad de acceso y falta de

⁵Ver: <http://datos.jus.gob.ar/ro/dataset/sneep>. De acuerdo con los datos del SPF, en abril de 2020 de las 720 mujeres alojadas en el Sistema Penal Federal, 12 tenían a sus hijos con ellas y 1 estaba embarazada.

información sobre las diferentes identidades y diversidades sexuales asociadas a los colectivos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, queers, intersexuales y asexuales (LGBTQIA+), en este escrito nos centraremos en el colectivo de mujeres cis. No obstante, tenemos en cuenta que el concepto de género es mucho más amplio e incluye los diferentes actores arriba señalados, que también están profundamente atravesados por la desigualdad y la violencia del sistema patriarcal.

II. Metodología

Para llevar a cabo esta investigación se recurrió a una metodología mixta, mediante el análisis cualitativo y cuantitativo de fuentes primarias y secundarias. Se realizaron 20 entrevistas abiertas y en profundidad con una duración de entre 45 minutos y dos horas. Se realizaron 7 (siete) entrevistas abiertas con referentes de género, seguridad y justicia de la nación Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 13 (trece) entrevistas y conversaciones informales con mujeres madres de entre 25 y 50 años que estuvieron detenidas en algún momento de su vida -ya sea en unidades penitenciarias o en arresto domiciliario- y que a su vez sufrieron violencia de género. Las entrevistas se llevaron a cabo entre 2019 y 2023. Las entrevistas a funcionarias y referentes fueron dirigidas o intencionales. Se contactó a personas vinculadas directamente con la temática del trabajo. El resto de las participantes fueron contactadas a través del método de la bola de nieve (Hernández Sampieri et al, 2018). El primer contacto fue por una persona conocida y al finalizar cada entrevista se pidió a la entrevistada que sugiera personas para entrevistar. La mayor parte de las entrevistas se realizó de forma presencial y en lugares de conveniencia para las personas entrevistadas. Durante la etapa de aislamiento preventivo y obligatorio por el Covid-19 (2020 - 2021) las entrevistas se realizaron en forma virtual y telefónica. Algunas entrevistas se realizaron en el marco de charlas organizadas para personas con arresto domiciliario. Pocas entrevistas fueron grabadas para poder generar

confianza con la persona entrevistada y un ambiente amigable. Para retener la información, se tomaron notas durante las charlas y nos enviamos audios al finalizar cada encuentro.

Las entrevistas abiertas y semiestructuradas nos brindaron información en detalle que nos permitió introducirnos en el relato de los y las protagonistas, visibilizar las experiencias y dar cuenta de la complejidad que se esconde detrás del colectivo estudiado. Para sistematizar y analizar las entrevistas realizadas, se empleó un enfoque riguroso que incluyó la codificación de datos y la categorización temática, con el objetivo de identificar patrones y regularidades significativas. Hemos obtenido el consentimiento en todas las entrevistas y las mismas han sido confidenciales. Para preservar el anonimato de los y las entrevistadas, se utilizaron nombres ficticios en todos los casos.

Asimismo, tuvimos la posibilidad de participar en diversos encuentros de acompañamientos realizados para mujeres con hijos e hijas a cargo, que se encuentran con arresto domiciliario -con o sin vigilancia electrónica. Estos encuentros fueron durante el 2022 y 2023 en el marco del ciclo de charlas “Los hogares como territorio de las Políticas Públicas en el arresto domiciliario” que se desarrollaron semanalmente en el Museo Penitenciario y tuvieron como objetivo la formación, sensibilización y acompañamiento para mujeres y LGBTI+ que se encuentran con arresto domiciliario o han recuperado recientemente la libertad.

En segundo lugar, se consultaron documentos y fuentes provenientes de diferentes organismos públicos. Entre las fuentes consultadas se encuentran datos provenientes del Instituto Nacional de las Mujeres (INAM⁶), del Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC), y el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de

⁶ Hasta diciembre de 2019 en Argentina existía el Instituto Nacional de las Mujeres (INAM), que fue reemplazado por el Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad. El INAM contaba con un Observatorio Nacional de Violencias Contra las Mujeres y publicaba estadísticas sobre violencias contra las mujeres. Más información en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-inam-presenta-la-tercera-edicion-del-boletin-de-genero>

la Pena (SNEEP). Asimismo, se accedió a un relevamiento efectuado por la Dirección Nacional de Readaptación Social del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos durante el año 2018, que aborda la situación de mujeres conviviendo con sus hijos privadas de libertad en el Sistema Penitenciario Federal. También se consultaron informes y estadísticas elaboradas por las ONGs Mumalá y Casa del Encuentro para complementar la información y datos disponibles⁷. Asimismo, y como parte del análisis documental, se recopilaron artículos periodísticos vinculados con la temática mediante una búsqueda exhaustiva con palabras clave en diarios nacionales de Argentina (Clarín, La Nación, Perfil y Página 12). Los artículos contribuyeron a la contextualización de la problemática y aportaron mayor evidencia empírica.

En tercer lugar, las investigadoras participaron de una docena de encuentros, reuniones, jornadas, presentaciones y diversas actividades con mujeres recientemente liberadas como prácticas profesionales (cocina, centros de estética) para ayudar con la reinserción social. En estos espacios, se compartieron charlas informales y conversaciones que al finalizar el día fueron transcritas como notas de campo (Emerson, Fretz y Shaw, 2011).

Por último, se consultaron datos estadísticos de organismos públicos (Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena -SNEEP-) y datos relevados a partir de dos encuestas originales a personas privadas de su libertad realizadas por el Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia CELIV/UNTREF (2019). Los datos de CELIV/UNTREF fueron construidos a partir de un trabajo en cárceles del Sistema Penitenciario Federal y Bonaerense de Argentina a 845 varones y 188 mujeres en 2013 y 838 varones y 200 mujeres en 2019 (Safranoff y Tiravassi, 2023).

⁷ Mumalá y la Casa del Encuentro cuentan con Observatorios donde construyen, en forma periódica, datos y estadísticas sobre violencia contra la mujer en Argentina. Ambas organizaciones también publican informes con datos sobre mujeres, vulnerabilidades y violencia. Más información en: <https://mumala.online/observatorio>, <https://www.lacasadelencontro.org/femicidios02.html>

La triangulación a partir de la realización de entrevistas, el análisis de fuentes documentales y datos estadísticos permitió ampliar y enriquecer la recolección de información (Hernández Sampieri, Hernández Collado y Baptista Lucio, 2018). Es importante destacar que el material con el que aquí se trabaja no intenta conformar un cuerpo exhaustivo de información, sino proveer desde diferentes ángulos un acercamiento al problema para describir y brindar algunas reflexiones en materia de seguridad y género.

III. Discusión conceptual: género y seguridad

Como hemos señalado en otro lado, (Glanc y Page, 2019) el concepto de seguridad se ha analizado desde muchos enfoques y perspectivas. A partir de las restauraciones democráticas en nuestra región, desde el ámbito académico y el campo de los derechos humanos hay un consenso explícito a recurrir al concepto de seguridad ciudadana para abordar los problemas de la criminalidad y la violencia, ya que al tratar estas cuestiones no deben descuidarse los derechos fundamentales y garantías de los ciudadanos en el nombre de la “inseguridad”. Debido a ello, el paradigma de la seguridad ciudadana se centra en los derechos de las personas (Tiscornia, 2004, 2009; CIDH, 2009; IPPDH, 2012; Rangugni, 2014, entre otros). Esta aclaración es importante señalarla porque el concepto de seguridad ciudadana ha sido confundido con la noción de seguridad pública. Este último concepto pone énfasis en la preservación de un orden público centrado desde la seguridad del Estado, un punto que es importante destacar pero que no debe ser el único (Rodríguez, 2011).

La confusión entre seguridad pública y ciudadana aún persiste porque el término “seguridad” ha estado tradicionalmente vinculado a la idea de preservar o restaurar un orden que hoy se presenta como dominante en espacios de la agenda política y medios de comunicación y es activamente sostenido a través de una demanda social que requiere una “mayor presencia policial” en las calles para

“combatir” tanto la delincuencia común como la “lucha contra el crimen organizado” (Focás y Kessler, 2015). De este modo, en el nombre de la in/seguridad, la seguridad del Estado logró imponerse sobre la seguridad de las personas (Tiscornia, 2004), priorizando así, la seguridad “pública” o el orden público antes que la seguridad “ciudadana”. Es por ello que cuando se hace mención a la “seguridad pública” se lo hace para hacer referencia principalmente al mantenimiento de un orden público. A su vez, otro dato a destacar es que debido a que el foco está puesto en el mantenimiento de un orden, la seguridad (pública) es trabajada primordialmente como un asunto policial, siendo las policías y fuerzas de seguridad sus principales actores (IPPDH, 2012). Esto último no es un dato menor, ya que, en el concepto de seguridad ciudadana, a diferencia del concepto de seguridad pública, los problemas de la seguridad son parte y forman parte de la sociedad, y si bien las policías y fuerzas de seguridad son actores claves, no son los únicos (Rodríguez, 2011, p.50).

De esta manera, nos encontramos con que, a partir de los años 90, con las restauraciones democráticas en curso, en la región emerge el concepto de seguridad ciudadana, como paradigma en disputa (Muggah, 2017; Tamayo, 2003). Ahora bien, para abordar el análisis de la seguridad ciudadana en forma integral, hay que contemplar las desigualdades y diferencias existentes y superpuestas entre las personas. El miedo, los riesgos, la violencia son experimentados en forma diferente según la edad, la clase social y el género de las personas. Sin embargo, como bien argumentan Carrasco, Pavón Tolosa, Aguirre, Bermúdez, Marzullo, Montañez, y Sosa (2018:6) el término seguridad ciudadana tratado en nuestra región:

“ha invisibilizado al colectivo de mujeres y a las disidencias sexo-genéricas (...) Hablar de personas se traduce, generalmente, en una prevalencia de los hombres”, desconociéndose así “la manera diferencial y específica en la que la violencia e inseguridad ciudadana afectan a las mujeres, lesbianas, travestis y trans (MLTT)”.

Teniendo en cuenta lo recién señalado, en el presente trabajo, pretendemos avanzar con el concepto de seguridad ciudadana desde una perspectiva de género. Es

decir, esto significa no limitar el término a la ampliación de derechos de las personas y trabajar en pos de la necesidad de visibilizar las diferencias y desigualdades que lo componen. Esta necesidad es central, porque como ya había planteado la CIM (2014, p. 30) “tratar como iguales a quienes históricamente no son iguales solo conduce a que haya una mayor desigualdad y discriminación”.

Por otro lado, trabajar desde una perspectiva de la seguridad ciudadana no implica comprender las problemáticas del delito y las violencias desde el libre albedrío. El campo de la seguridad ciudadana no plantea que no tiene que haber “un orden”, sino que las políticas de seguridad deben llevarse a cabo respetando las garantías fundamentales de la ciudadanía. Por eso, a partir de la incorporación de una perspectiva de género en el campo de la seguridad ciudadana, podremos reconocer las necesidades específicas del colectivo de mujeres en las políticas públicas de la seguridad, lo que nos permitirá iluminar distintas formas de desigualdad hacia este colectivo reflejadas en los diferentes delitos y violencias, delitos y violencias que en algunas ocasiones ponen en jaque el denominado “orden público”.

Ahora bien, tener en cuenta la situación de desigualdad y vulnerabilidades superpuestas, sin perder de vista la perpetración de delitos y violencias por parte del colectivo estudiado, nos conduce directamente a articular el concepto de seguridad ciudadana con el campo de la política criminal. Es en este punto que nos parece clave trabajar sobre la superposición del concepto de víctima - delincuente elaborado desde la criminología (Berg y Schreck, 2022; Baxter, 2020; Fleetwood y Giacomello, 2017). Quienes trabajan desde esta perspectiva sostienen que desde la criminología es habitual que se plantee una falsa dicotomía entre víctimas - victimarias, donde las víctimas no son pensadas ni imaginadas como victimarias ni las victimarias podrían llegar a ocupar el lugar de víctimas. Sin embargo, la superposición de víctima-victimaria se debe a que ambas categorías encuentran una fuerte correlación entre una y otra, puesto que puede pasar que aquella persona que haya atravesado

por un proceso de victimización a su vez haya cometido un crimen o delito. De esta manera, las personas pueden ser ambas, víctimas de delitos y delincuentes, o que los delincuentes tengan algunas características de víctimas y que las víctimas luego sean delincuentes (Reingle, 2013; Baxter, 2020; Fleetwood y Giacomello, 2017). Esta superposición también está asociada a que delincuentes y víctimas en ciertas ocasiones sufren condiciones de violencia y precariedades similares (Singer, 1986; Hannis, 2015).

Así, desde una perspectiva de género pretendemos visibilizar el complejo proceso mediante el cual las mujeres que han estado en conflicto con la ley penal pueden ser también y en simultáneo víctimas de violencia, en particular por su condición de género. Asimismo, intentamos avanzar con la problematización en la relación víctima - victimaria y mostrar que las mujeres tal vez no sólo pueden ser víctimas de delitos, ya que hay diversas violencias que no están reconocidas como delitos y, por lo tanto, sus ejecutores no serían delincuentes, pero eso no resta que no sean agresores. Sin embargo, esto no necesariamente implica que no hayan transgredido ciertas actitudes o acciones (no) aceptadas socialmente. ¿El hecho de que un transgresor/a no cometa un delito implica que aquella mujer no pueda identificarse como víctima? Esto nos lleva directamente a cuestionarnos la categoría de delincuente.

Tappan (2017) explica que, para el sistema legal, el/la delincuente es quien violó la norma legal. Por ello, (para el sistema penal) los y las delincuentes son sólo aquellos que están o han estado imputados por la ley y seleccionados por los tribunales donde allí se la aplica. Es más, los y las delincuentes son sobre quienes se puede certificar de manera más precisa la ruptura del orden normativo. No obstante, señala, los y las transgresores sin condena son un grupo considerable, pero no homogéneo, que se diferenciarían de los y las delincuentes, ya que éstos últimos están sujetos a un tratamiento estatal oficial, mientras que los primeros no necesariamente.

Es en este marco que Tappan (2017) señala que, desde la criminología, “lo fundamental no radica en si las normas son ajustadas o desajustadas, sino en el hecho de que en efecto controlan las conductas” (p. 212). Y sería por tal motivo que tanto delincuentes como no delincuentes -agresores- responden o deberían responder, “aunque en forma diferencial, claro, a los estándares, amenazas y dispositivos correccionales dispuestos en este sistema de control social” (p. 212). Es en el proceso de respuesta, a su vez, que la persona sujeta a un/a victimario/a debería poder identificarse como víctima de violencia, incluida la de género, aunque su estatus legal a veces sea difícil o impreciso de probar. Es decir, por ejemplo, el hecho que un agresor por no haber traspasado la ley no llegue a ser un “delincuente” puede tener un impacto en el reconocimiento de la víctima como tal. Esto, posiblemente se incrementa en aquella mujer que fue violentada y a su vez se encuentra o encontraba en conflicto con la ley, ya que para el sistema penal esta mujer sí ha cometido un delito, cuya condena tiene que cumplir. Esto no quiere decir que tal daño cometido por el agresor no haya sucedido, solo que la posibilidad de que tal persona se reconozca como víctima se suprime aún más, contribuyendo así a la reproducción de prácticas discriminatorias, desiguales y violentas por motivos de género. Es aquí donde el paradigma (dominante) de la seguridad (pública) mencionado más arriba y la hegemonía patriarcal se encuentran. Los paradigmas de la seguridad pública y del patriarcado se encuentran porque el paradigma de la seguridad pública pone el foco en la preservación de un orden, al mismo tiempo que el patriarcado relega a las mujeres y las diversidades al espacio doméstico invisibilizándolas del espacio público de la seguridad que intenta ser mantenido, preservado, restaurado, libre de violencias y delitos. Esto es, bajo el paradigma de la seguridad pública los delincuentes, representados principalmente por la figura masculina, necesitan ser controlados y vigilados. Mientras que bajo el paradigma el sistema patriarcal, las mujeres son ubicadas en la esfera doméstica, donde desempeñan su rol de buena madre y esposa,

excluyéndolas así de la violencia delincencial (Antony, 2007, Ploskenos y Rangugni, 2022). De este modo, al estar las esferas simbólicamente delimitadas, cuando aquella dinámica se altera porque alguna mujer es sospechosa o responsable de cometer un delito, no es sencillo reconocerse como víctima, porque precisamente es ubicada en la esfera opuesta, donde por su rol social no debería estar, pero por sus acciones delincuenciales la sociedad “demanda” vigilancia y control, creyendo encontrar en la cárcel una respuesta a aquel problema. Dificultando a su vez toda posibilidad de percibirse como víctima.

Por otro lado, y como ya vimos, la seguridad en tanto dominio masculino excluyó a la violencia contra las mujeres de sus ámbitos de actuación. De este modo es en el ámbito doméstico donde se gesta, despliega y perpetúa la violencia de género, excluyéndola de la mirada pública y de su consideración como problema público.

Es por ello que no debe sorprendernos que la violencia de género, y en este caso contra las mujeres, cuyo extremo son los femicidios, ocurran en un gran porcentaje en los hogares y son con frecuencia perpetrados por conocidos de las víctimas (UFEM, 2016). Sin embargo, nada más falaz que tal escisión entre lo público y privado, ya que como señala Maffia (2020, p.182) “la estructura política y cultura patriarcal, en la cual estamos inmersos, definen tanto lo público como lo privado”.

No obstante, ha habido numerosos esfuerzos en presentar una realidad social para que la violencia doméstica aparezca separada del ámbito público de la seguridad (Ploskenos y Rangugni, 2022). Estos esfuerzos distan de larga data. Y siguiendo a Maffia (2020, p. 183) se pueden remontar al nacimiento de los propios Estados modernos, donde asistimos a un desplazamiento doble. Por un lado,

“al separar el ámbito público del privado, reserva el alcance de las intervenciones políticas a lo público y deja el ámbito privado fuera de su injerencia. Y en segundo lugar, segrega a las mujeres a tareas domésticas y de cuidado, desplazándolas al ámbito privado sin protección estatal. Si en el ámbito público el Estado se compromete a garantizar derechos e intervenir para producir igualdad, en el ámbito privado la institucionalidad de la Familia (nuclear, preservadora de la legitimidad de

los hijos y la herencia) queda fuera de su alcance y conserva las relaciones "naturales" de poder de los varones hacia mujeres y niños/as" (Maffía, 2020, p.183).

De esta manera, aquí pretendemos mostrar que las líneas que separan las prácticas hogareñas violentas de la cultura pública de la seguridad no sólo son opacas sino también porosas. De manera similar, desde la perspectiva de la seguridad ciudadana, este trabajo también se propone señalar que los diferentes recorridos y roles por los que transitan quienes conviven con los problemas del campo de la seguridad no necesariamente van por paralelo, sino que su contacto y relación son mucho más frecuentes y fluidos con aquellos problemas que suceden "puertas adentro (¡de las casas y de las cárceles!)" de lo que en el imaginario social se representan. En efecto, a través de las entrevistas, las notas periodísticas y los datos estadísticos consultados observamos que en diversas ocasiones muchas mujeres responsables de cometer delitos también fueron ellas mismas víctimas de violencia de género, pero también de actos que sin llegar a ser delitos, involucran violencia y situaciones de maltratos que las colocan en situaciones de desigualdad, propensas a ser víctimas y victimarias a la vez, como ser hostigamientos y la utilización del dinero como mecanismo de coerción y manipulación (Entrevista a funcionaria Ministerio de Seguridad de GCBA).

Ahora bien, esta doble situación de ser víctimas/victimarias se acrecienta considerablemente en el segmento de mujeres pobres. Esto es porque la pobreza, junto con sus delitos, como ser el robo de propiedad, tráfico de drogas en funciones de menor rango, que por lo general no acarrearán violencia (UNODC, 2008, p. 81), impacta de una manera diferente en varones y mujeres. En este sentido, la posibilidad de ser pobre y de cometer un crimen relacionado con la pobreza no es al azar en la distribución poblacional, siendo las mujeres más propensas a padecerlas. Esta situación es conocida por la literatura bajo el término *feminización de la pobreza* (CEPAL, 2004, p. 52, Giacomello, 2013). En este sentido, es precisamente esta

población quien mayoritariamente puebla las cárceles en nuestro país y la que en este artículo nos proponemos indagar.

IV. Una aproximación. Mujeres y penalidades: quiénes pueblan nuestras cárceles

De acuerdo con la literatura especializada y las estadísticas disponibles, las mujeres se involucran menos que los varones en el delito (Garré, 2014). Desde la criminología (Miller y Mullins, 2009) tradicionalmente, la baja tasa de delitos, reflejada en la escasa información sobre la mujer ofensora, estuvo asociada a la dominación de un modelo patriarcal que ponía en foco en la imagen peligrosista del hombre joven. Esto no sólo invisibilizaba la figura de la mujer reclusa, sino que a su vez cuestionaba su rol de buena mujer, madre y esposa (Antony, 2007). Por otro lado, el foco en el varón desatendió el análisis de las características de las mujeres detenidas.

Históricamente, la población femenina en el régimen federal argentino ha representado entre el 4 y el 9% de la población privada de la libertad (datos estadísticos del SNEEP). Esta población también cuenta como marca específica que la mayoría de los delitos que cometen están asociados a los *crímenes de la pobreza*, arriba descriptos (UNODC, 2008, p. 81). Es decir, en Argentina la mayoría de las mujeres que pueblan las cárceles son de bajos recursos, con poca formación educativa y vinculadas a la economía informal, muchas de ellas a cargo de sus familias en calidad de monoparentales, acusadas de delitos relacionados con la Ley de estupefacientes (Ley 23.737) (SNEEP, 2022).

Como se mencionó con anterioridad, las mujeres de los estratos sociales más bajos son quienes más padecen la desigualdad de género, y la cárcel es un fiel espejo de esta realidad, que se agudiza aún más en aquellas que son madres (Villalta, Gesteira y Graziano, 2019). Es este último colectivo en el que queremos focalizar. En ese sentido, de acuerdo con un relevamiento efectuado por la Dirección Nacional de Readaptación Social (2018), en lo que se denomina Planta de Madres de la unidad 31

de Ezeiza, sobre el 89% de madres convivientes con sus hijos e hijas en el Sistema Federal se observa que las mujeres allí alojadas tienen en promedio 29 años de edad, 3 hijos o hijas y en el 60% de los casos tienen a algún familiar en conflicto con la ley penal. Asimismo, el 67% de ellas está privada de la libertad sin condena, sólo procesadas.

A su vez, el 97% de las entrevistadas afirmaron no haber tenido nunca un empleo formal. No obstante, el 61% de ellas eran el sostén económico de su hogar antes de la detención. Esto evidencia la informalidad del trabajo al que accede la población de este estudio. Aún más, el 58% de esas mujeres que logran acceder a un trabajo, aún privadas de la libertad, son desde el encierro el sostén económico o principal ingreso de sus familias. Por otro lado, en relación a su nivel educativo, ninguna de las entrevistadas posee estudios superiores y la cárcel es donde logran finalizar sus estudios de base. Cabe señalar que el 15% de las entrevistadas tiene el primario incompleto (Dirección Nacional de Readaptación Social, 2018).

A su vez, según WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM (2016, p. 6) “la mayoría de las mujeres que se encuentran privadas de su libertad han vivido experiencias de discriminación o violencia antes de su encarcelamiento”. Al mismo tiempo, el informe aclara que se trata de un tema invisibilizado y que tiene consecuencias en ellas, sus familias y sus comunidades y que las van a afectar más allá del período de reclusión (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016). Sobre esta problemática vamos a trabajar, intentando hacerla visible a través de las voces de mujeres entrevistadas⁸ y fuentes secundarias consultadas.

V. Mujeres: entre delitos y violencias

En sintonía con lo señalado por las investigaciones criminológicas, las entrevistadas que fueron detenidas, acusadas de robo, también fueron ellas mismas

⁸ Para preservar la identidad de las entrevistadas los nombres utilizados son ficticios.

víctimas de violencia de género. Aún más, las diferentes violencias con motivos de género fueron partes constitutivas de su modo de vincularse y socialización con sus afectos y su entorno. Con la ayuda de agencias estatales y organizaciones sociales, lograron por un lado, denunciar a sus agresores, mientras que por el otro, al hacerlo, lograron desafiar los rótulos que impone el imaginario social mediante la política criminal que ve el encarcelamiento como solución a los problemas de la seguridad (Tiscornia, 2004). Debido a ello, estos rótulos sociales están tan sedimentados que hasta para las propias protagonistas y sus entornos cercanos es difícil desapropiárselos para apropiarse de otro(s).

El caso de Natalia es ilustrativo en este sentido. Natalia tiene 48 años, cinco hijos y estuvo presa. Natalia señala que “la violencia está todos los días”. Si bien Natalia menciona que sufrió violencia de género, habla simplemente de “violencias”. La simple palabra “violencia” en la entrevista, aunque fue realizada por teléfono en 2020, debido a la pandemia de Covid 19, hace que su voz se transforme. Del otro lado del teléfono se escucha un “ay diosito”. Natalia presentía que la charla no sería fácil:

“A mí lo que me llamó mucho la atención es que el miedo siempre está. Y el abuso también, tanto afuera o adentro (de la cárcel). Adentro hay incluso más hermandad, y se crean más clanes, más amistades (entre las compañeras reclusas). Pero siempre cuando entras, la violencia se va ejerciendo con amor. Al principio va todo bien y después te van diciendo con cariño que ellas te cuidan, sos mi pollo mío, de un abrazo después te acogotan el cuello, de a poco, con cariño. Comprame puchos”.

Natalia relata una y otra vez, como los actos de violencia pasan desapercibidos. Aunque la violencia aumenta una se acostumbra, y convive con ella sin cuestionar. “Al principio no podés ni dormir... como en todas partes (...)”. Sin explicitar, ese “todas partes” de Natalia hacía referencia a que los mecanismos de violencia se sucedían de una manera similar, pudiendo establecer puentes intra y extra muros. En palabras de Natalia, la violencia siempre empieza como: “una violencia amorosa” (...) “Él venía a mi casa y me “robaba con amor”.

De acuerdo con datos del CELIV/UNTREF de 2019, el 39% de las mujeres encuestadas sufrió violencia por parte de su pareja o ex pareja el año anterior a ser detenida. Es decir, de cada 10 mujeres encarceladas, al menos 4 sufrieron violencia de parte de sus pareja actual o pasada. Este dato revela violencias por fuera de las parejas o las historias de violencia que muchas de ellas vivieron a lo largo de su vida. En este sentido, las narrativas de nuestras entrevistadas son contundentes. Natalia contaba que tuvo dos parejas, las dos la hacían sentir mal y haciendo referencia a los ciclos de violencia⁹ y la dificultad de salir de ese lugar señalaba:

“la primera por el alcohol (...) De mi segunda pareja me enamoré perdidamente, pero ejercía sobre mí violencia física y violencia moral (...) yo no valía nada - pedía permiso- me sentía un robot. Conmigo él podía hacer lo que quiera, mi límite eran mis hijos, que no me toque a mis hijos. (...) para mí era muy importante tener una pareja, una figura paternal. Yo pensé que con él (por su segunda pareja), eso podía pasar. Yo tengo una hija de una violación, él me mandó a violar. (...) Primero se hacía el novio conmigo, después venían los golpes y las drogas. Pero al principio también hubo cosas lindas (...) Pero es el círculo”.

En ese sentido, también contaba, que aún luego de realizar la denuncia y de tener un botón antipánico, “Yo dije NO (...), me tiraba al piso y yo le mostraba el botón antipánico. Él venía a mi casa y me *robaba con amor*, me cogía y después me sacaba plata de la cartera”. Natalia logró hacer la denuncia gracias a una funcionaria que trabajaba en la sección de Readaptación Social del Ministerio de Justicia, “(La funcionaria) Me llevó a la ODV, no es que son tan buenos, pero cuando te ven con alguien (haciendo referencia a funcionaria) te escuchan y atienden”. En este sentido, casi con voz de hasta sorprendida, Natalia contaba que: “Me pusieron un policía, que yo apretaba un botón y en 2 y 3 minutos estaba ahí”.

Para Natalia, era una sorpresa ser asistida, socorrida por un/a policía, figura que hasta el momento Natalia solo se había vinculado en el proceso de control,

⁹ Para ampliar sobre este tema ver: WALKER, Lenore. (1979). *The Battered Women*. Harper and Row Publishers, Inc: Nueva York.

tratamiento y represión por los delitos que se la acusaba. En ese contexto, la entrevistadora le preguntó: ¿Y cómo fue tener un policía que te proteja?” Natalia solo atinó a reírse.... produciéndose una gran pausa, llegando a un silencio incómodo, difícil de salir.

Podemos pensar que esas “risas” simbolizaban lo que no podía llegar a nombrarse, lo que no se terminaba de significar, esa dificultad para comprender racionalmente que aquél policía ahora estaba ahí por haber atravesado una situación de violencia en calidad de víctima y no como delincuente... como ya le había sucedido tantas veces. Natalia es percibida como victimaria, delincuente o sospechosa, y por lo tanto, no encaja con el modelo de víctima ideal (Ramos Mesa, 2021).

En la entrevista, observamos que su relato muestra la dificultad de correrse de las relaciones violentas que van de la mano de las drogas y los robos. Como así también la dificultad de ser visible para el sistema penal cómo víctima. Solo a partir de que la acompaña una funcionaria, que habla el mismo idioma que el sistema estatal, puede presentarse como víctima y así entrelazar los puentes de víctimas/victimarias. En este punto confluyen los relatos, de aquellas entrevistadas que estuvieron privadas de su libertad y de Catalina, ex funcionaria de Readaptación Social, Ministerio de Justicia de Nación (Entrevista, 2021). Así, en este marco, los espacios estatales y los actores de las fuerzas de seguridad, acuñados en la figura policial, comienzan también a correrse y ocupar otros roles en la vida de mujeres que transitan como victimarias/víctimas. No sin dificultad, no sin quiebres, ni contradicciones.

Una de las características principales de la violencia contra las mujeres, especialmente en el ámbito doméstico es su invisibilidad y por consiguiente, el sub-registro de los casos en las instituciones públicas que contribuye a esta invisibilización (Sagot, 2000). No obstante, y tal como indica el estudio de CELIV/UNTREF (2019), un 30% de las mujeres privadas de su libertad también sufrieron violencia durante su infancia y en un 35% de los casos su padre o pareja le

pegaba a su madre. Es decir, por lo menos 3 de cada 10 mujeres privadas de su libertad crecieron y convivieron con violencia. La violencia sumada en muchos casos a situaciones de extrema pobreza, falta de estudios o primaria incompleta y niños a su cargo conduce a muchas mujeres a involucrarse con la criminalidad: como los casos de mujeres que se convirtieron en mulas que trasladan droga por tierra de un lugar de Argentina a otro (Infobae, 16/03/2022; La Nación 19/10/2020). Según datos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y publicados en el diario La Nación, el mayor delito por lo que están presas las mujeres en la Argentina es la infracción a la ley de drogas (Marina, 2020).

De hecho, retomando la voz de las entrevistadas, una de ellas señalaba que para ella, el punto de inflexión “fue la mirada de mis hijos. Un día allanaron mi casa y vi que mi hijo lloraba. Mi hijo me decía tenés que dejar la droga, basta. Y yo dije si llego hasta acá, tengo que salir (...) No más, no más droga, robos, pareja” (Natalia, entrevista, 2020).

Acá el juego de palabras asociativo también es interesante de analizar drogas-robos-parejas. Cómo si las mismas estuvieran asociadas. “*Pero es un Círculo*”. Así, la mirada de sus hijos, personificando en el mandato social maternal logró marcar un límite antagónico, donde del otro lado se posicionaban las drogas, robos y parejas, tres significantes que de manera contigua y equivalente personificaban la destrucción y violencia en la vida de ella. Desde la criminología, la comisión de delitos y el consumo de estupefacientes suelen asociarse. Pero en el caso de muchas entrevistadas hay algo más, un *plus*: la pareja. Esto nos vuelve a remitir al estudio realizado por WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM (2016, p. 8): “...aparece con frecuencia la coacción de la pareja o de un familiar, lo que se facilita por la construcción de vínculos sentimentales bajo estereotipos de género y de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres.”

En el caso de las mujeres privadas de la libertad, salir del círculo delictivo, con frecuencia también es salir del círculo de violencia ejercida por sus parejas. Delitos y

violencias de género se presentaban, así como dos categorías que estaban entrelazadas.

Volviendo al caso de Natalia, el rol social arraigado en la imagen materna y el rol disciplinador, y a la vez de intervención del Estado fueron claves en su vida para seguir adelante. Paradójicamente, se podría pensar que esos mismos roles contribuyeron tal vez a posicionar a Natalia en una situación de vulnerabilidad. En primer lugar, prácticas y costumbres asociadas a tareas estereotipadas como el cuidado, han contribuido a que Natalia se encuentre en una situación de desigualdad por su condición de género. En segundo lugar, esta situación tiende a agudizarse una vez en prisión.

Como señala Anthony (2007) las mujeres privadas de su libertad ponen en cuestión y corrompen la imagen de buena mujer, madre y esposa; sumado a la falta de una normativa y políticas adecuadas para tratar a las mujeres en prisión contribuyen en muchas ocasiones, a que esta mujer sea “olvidada” o invisibilizada en el sistema penitenciario estatal contribuyendo así en un aumento de la criminalización de las mujeres en prisión y una vez fuera de ellas.

Desde esa vulnerabilidad profunda, con la ayuda de agencias estatales, Natalia pudo “afrentar” su condición de víctima de género y de no reincidir en actividades delictivas y sustancias ilegales. Sin embargo, esas marcas son recordadas una y otra vez por Natalia. A tal punto que aún le sorprende tener la responsabilidad de la caja de un local comercial. Como si la marca de la “falta de confianza” por haber estado presa, y las etiquetas de delincuente/drogadicta aún operaran en ella. Y la resistencia a esa inscripción es, por una parte, su propia confianza en que ella salió de ese “círculo” y por otra ese otro que le “confía la caja”. Muchas cuestiones presentes en la historia de Natalia, también las observamos en las narrativas de otras mujeres que pasaron por situaciones de encierro (notas de campo).

La historia de Flavia también es la historia de una mujer atravesada por violencias, donde las violencias muchas veces actuaron como punto de intersección a través de ser tanto víctima como victimaria, responsable de haber cometido algún delito. Violencias que traspasan los muros y muestran cómo las rejas de las cárceles no sólo son porosas a las violencias, sino que en ellas encuentran cierta zona de confort, permitiendo hasta en algunos casos no solo que permanezcan, sino que también se agudicen. Las violencias se despliegan de diferentes formas y variantes. La cárcel es un territorio fértil para que estas marcas se reactiven en las mujeres que las habitan, potenciando sus propias huellas, y encontrando nuevas formas de violencia en el encuentro con las otras. La oscuridad y la humedad de las paredes que las encierran se convierten en un microclima de reproducción y expansión de violencias.

Al momento de la entrevista, la cual también se realizó vía telefónica en 2020, Flavia tenía 30 años y había estado en la cárcel detenida por robo entre sus 18 y 20 años. A su vez, había sufrido violencia de género por su pareja, aun cuando él también estaba detenido. Según Flavia, ella sufrió violencia siempre, “de todos los tipos y de todos lados”. Flavia cuenta que la violencia es parte de su vida. “Hasta el día de hoy arrastro las violencias que sufrí desde chica”. Flavia cuenta que su padre le pegaba para disciplinarla y para ella eso era “lo normal”. Después fue un novio y después otro. Luego de años de rehabilitación en instituciones psiquiátricas, tratamientos por adicción, grupos de terapia, Flavia dice que ahora puede reconocer e identificar cuando era víctima de violencias, pero no siempre fue así. Las violencias se naturalizan y te marcan.

“Ahora hago de todo, vendo ropa, hago manos, trabajo en un supermercado... pero ¿quién va a contratar a alguien con antecedentes? Llevo 8 años fuera de la cárcel, pero en cuanto alguien se entera que tengo antecedentes, listo. No me dan trabajo, no me alquilan un lugar donde vivir. No puedo decir que tengo antecedentes o que estuve internada. ...La violencia es parte de tu vida. Necesitas mostrar violencia en la calle porque si no te mostrás violenta alguien puede pensar que te puede tocar, te puede faltar el respeto... si te fuiste de tu casa con un portazo, ya empieza la

violencia en tu vida. A mí mi papá me rompía el lomo a palos de chica... pero **me lo rompía**. Era verano y me iba con ropa larga al colegio para que no vean las marcas de varillazos y golpizas que tenía en el cuerpo y nadie sabía eso. En ese entonces nadie hablaba de eso. Antes, no había asistente social para controlar... eras re sumisa y para mí la violencia estaba súper bien y siempre tenías que imponer violencia. Con violencia se aprendía, se llevaba, se respetaba... mi papá me enseñó eso. La violencia estaba naturalizada en mi vida. A tu novio le pegas una piña y él te la devuelve y es un juego, pero... no es juego y dejás de reír y nos lastimamos. Yo toda mi vida naturalizaba la violencia. Ahora me toca ser mamá y me costó horrores porque tengo ganas de pegarle un chirlo, pero no puedo. No podés.”

“Yo le hice la perimetral después de que me rompió la nariz con el bebé en brazos. Vos sos hombre, tenes más fuerza pero de arriba no te la vas a llevar. Te voy a romper la nariz a vos también como mínimo, pero entré a *Yo no fui* y charlamos mucho de estas cosas... charlamos de la violencia y trabajamos sobre temas de violencia en talleres y ahí empecé a decir esto está mal... no tengo que permitirlo más. Te crees que va a cambiar. Las chicas de *Yo no fui*¹⁰ me dieron fuerza y herramientas. Que él caiga preso fue un alivio y él estaba preso y ahí me pegó y me fui a la Oficina de Violencia Doméstica. Estuve 10 horas en la OVD (Oficina de Violencia Doméstica) para hacer la denuncia. Las chicas de *Yo no fui* me insistieron. Gracias a ellas fui.”

Después de años de una vida de violencias, Flavia fue acompañada, asesorada y alentada por la organización *Yo no fui* para realizar una denuncia en la OVD, pero esa no siempre es la norma. En general, para mujeres como Flavia –que alguna vez estuvieron detenidas– pasar por una comisaría u otras instituciones del Estado para denunciar violencias y pensarse como víctimas no parecería ser una opción fácil. A una vida marcada por la violencia desde niña, Flavia debe sumar la violencia de pares o interacciones violentas con otras mujeres encerradas y las violencia institucional y estructural propia de la cárcel. Asimismo, al salir de la cárcel vuelve a las condiciones de vulnerabilidad previas a su detención. Es decir, a una pareja violenta y un ambiente de alto riesgo, presionada a reincidir y continuar con el círculo de la violencia. Es en

¹⁰ *Yo No Fui* es una organización feminista que asesoró a Flavia y trabaja en proyectos artísticos y productivos, dentro y fuera de las cárceles de mujeres, de Argentina.

este marco, que una ex funcionaria de Readaptación Social señalaba que no es nada fácil que aquellas mujeres, mayoritariamente de bajos recursos económicos y culturales, aun siendo víctimas puedan denunciar a sus agresores. Si bien la funcionaria acompañó a más de una mujer a realizar la denuncia por violencia de género, este primer paso no necesariamente significaba el reconocimiento de las víctimas como tales, por el contrario, no solo no se reconocían como víctimas, sino que admitían ser responsables de los delitos cometidos, más allá de justificar dichos actos (Catalina funcionaria de Readaptación Social, entrevista, 2021).

En este sentido, el caso de las mujeres en situaciones de extrema marginalidad que contrabandean productos para la venta o trasladan drogas para sobrevivir también visibiliza esta realidad. Como relata María Ayuso (12/11/2019) en el periódico La Nación, las “mulas”, “camellos”, “capsuleras” son mujeres atravesadas por la pobreza estructural que sufrieron múltiples violencias a lo largo de su vida, carecen de estudios, son madres solteras, jefas de hogar y están excluidas del sistema de empleo formal. De acuerdo con el artículo, sólo en Salta y Jujuy hay entre dos y tres detenciones con estas características por semana. En este contexto, las mujeres arriesgan todo al cometer un delito, para dejar de ser víctimas de la violencia, la pobreza y sobrevivir. Sin embargo, no solo no dejan de ser víctimas, sino que la situación las confronta y solapa con la posibilidad tangible de ser rotuladas “delincuentes”.

No obstante, la categoría “delincuente” parecería quedar fija, aunque muchas mujeres, como vimos, son también víctimas y están en constante transición, pero en su mayoría identificándose sólo con uno de los polos: el de victimaria. La mujer que estuvo detenida, presa, siente y es percibida por otros como delincuente. Entra en tensión consigo misma y con su entorno. Inestable y en condiciones de precariedad, aún si es víctima –además de victimaria–, en un mundo binario, se le asigna una sola de las posibles categorías existentes. Antes que madre, trabajadora, ciudadana o

incluso víctima, aparece la marca “criminal”. Algunas, pocas, quizás Flavia y Natalia, podrán superar, o al menos convivir con la dualidad víctima-victimaria, pero la norma es quedar en transición, asociada a uno de los extremos. Es decir, quedar en un lugar intermedio del continuo sin ser capaces de desafiar estereotipos, violencias, vulnerabilidades, viviendo en la precariedad de los extremos; identificándose y siendo asociadas con la categoría de “delincuente” que tanto les cuesta llevar y al mismo tiempo les es tan familiar.

VI. El desdoblamiento y su (im)posibilidad

Una de las cuestiones principales que observamos en las historias antes mencionadas es el atravesamiento de las violencias, más allá de la condición de víctima y/o victimaria. Sin embargo, en ese atravesamiento encontramos una dificultad para que aquellas mujeres que son o fueron responsables de delitos puedan identificarse como víctimas y a la vez correrse del lugar de victimarias. Esto se observa por ejemplo cuando Natalia contó con asombro [casi como si fuera algo inverosímil] que le habían asignado un policía para que la proteja de su ex pareja, ya que hasta ese momento su contacto con las fuerzas policiales siempre había sido en calidad de sospechosa/delincuente. Entonces, siguiendo la literatura experta (Baxter, 2020; Fleetwood y Giacomello, 2017, entre otros) esto muestra que si bien las categorías de víctima/victimaria no son categorías fijas, ni preestablecidas, la falsa dicotomía se establece porque estos roles están tan sedimentados que para las propias mujeres y para gran parte del imaginario social desafiarlos, cuestionarlos, cambiarlos, se presentan como una situación “imposible”, precisamente porque han sido naturalizados en las relaciones de género. Empero, al ser las categorías históricas y socialmente construidas, lo que es socialmente imposible es la fijación última del significado de algo, en este caso de víctima, victimaria o ambas. Sin embargo, esto se presenta como olvidado, ignorado, suprimiendo así la posibilidad de alternativas.

Esta situación, Catalina, ex funcionaria de Readaptación Social del Ministerio de Justicia de Nación a la que entrevistamos (2021) la sintetizó como la “imposibilidad de desdoblamiento” que experimentaban las mujeres que han estado privadas de su libertad. Es decir, la dificultad a la que se enfrentan las mujeres constituidas desde la posición de *victimarias* para pensarse y ubicarse en una nueva de *víctima*, categoría que muchas veces implica pensarse también como *no delincuentes*. Esta dificultad no sólo la experimentan las propias mujeres, sino también su entorno y la comunidad en general. Esta nueva posición, de víctima, trae consigo la habilitación de otras posibilidades que como victimarias, acuñada a la figura de “delincuente”, –si bien en teoría es posible– en la práctica no se encontraban disponibles, como ser “buena vendedora”, pero también buena mujer y buena madre”. En otras palabras, de acuerdo con Goode (2015), quien recopila las distintas perspectivas dentro de la sociología de la desviación, se ha asociado esta situación con un proceso de estigmatización y etiquetamiento. Es la audiencia -vecinos, familiares, compañeros de trabajo, su entorno- quienes inician el proceso de estigmatización y etiquetamiento por el cual las mujeres solo pueden verse como criminales y no como víctimas.

Ahora bien, la posibilidad para aquellas mujeres de pensarse como víctimas no es tarea para nada sencilla, ya que a su vez implica cuestionar y despojarse del rótulo de “delincuente”. En otras palabras, implica deconstruir ciertas categorías para identificarse con otras. Los procesos deconstructivos nunca son absolutos, y las nuevas identificaciones siempre van a acarrear elementos de identificaciones anteriores. Siempre va a existir una huella (Derrida, 1977) que nos va a acompañar en el camino. De este modo, los procesos de constitución de categorías sociales, como pueden ser las de víctimas y/o victimarias, lejos de ser lineales y unívocos, en diversas oportunidades pueden ser complejos y contradictorios. Es por eso que el propio proceso de identificación de dichas categorías muchas veces implica deconstruir otros roles en los que la persona en cuestión se encuentra o encontraba inmersa. Así, por

ejemplo, para poder identificarse como “la mejor vendedora”, Natalia tuvo que poner un límite a las categorías previas con las cuales se identificaba: de “delincuente”, “pareja” y “drogadicta”. Es a partir de ese límite que la categoría de víctima por motivos de género pudo hacerse visible en la vida de Natalia, y comenzar a coexistir y articularse con el rol de victimaria que tan familiar y constitutivo era para ella. Es en este marco que puede comprenderse la expresión de Natalia cuando ella dice “Natalia cobra en caja”, hablando de ella, pero en tercera persona, es ella, pero no de tan cerca. Era Natalia, pero también era otra. De este modo, observamos como nuevas categorías comenzaron a emerger, desarrollarse y evolucionar en la vida cotidiana de Natalia. En este proceso, las instituciones sociales y las agencias estatales en particular jugaron y ejercen un rol central para que mujeres como Natalia logren comenzar a pensarse como “víctimas” que sin abandonar la categoría de delincuente puedan darle espacio a otros roles para poder posicionarse ya no exclusivamente como “delincuentes”. Aunque la historia de Natalia es una historia entre muchas, y no de aquellas que predomina en el campo de la seguridad, da cuenta que si bien las categorías se encuentran altamente arraigadas, no por ello están fijadas, dando la posibilidad de que sean cuestionadas y cambiadas. Asimismo, la historia de Natalia, a través de la lente de la seguridad ciudadana, pone de manifiesto que el espacio público es diverso y que las mujeres y diversidades forman parte de ese universo social. Así, su inclusión y participación en él no necesariamente implica que el orden público de la seguridad esté puesto en jaque, sino que su conformación real es plural y heterogénea.

VII. Consideraciones finales

El objetivo de este trabajo fue articular los campos de género y seguridad en la Argentina contemporánea. Esto es, nuestra intención fue establecer una conexión entre el grupo de mujeres y la compleja problemática delictiva y trayectorias de violencias por las cuales algunas mujeres que han atravesado por contextos de

encierro estuvieron involucradas. Trabajar desde un enfoque de la seguridad ciudadana con perspectiva de género nos permitió analizar las problemáticas del delito y las violencias; así como también visibilizar que el espacio público de la seguridad es diverso, pero que aquello no necesariamente implica que tenga que ser un libre albedrío. Por el contrario, aunque no es sencillo, los diferentes casos tratados en el artículo nos muestran que la pluralidad no es sinónimo de desorden social. Es a partir de esa pluralidad específica que el espacio público de la seguridad debe aspirar a una coexistencia pacífica que incluya el disenso y no ponga en jaque el orden público. Sin embargo, también para que aquella armonía se materialice es necesario que quienes han cumplido condena, puedan identificarse tanto social como individualmente más allá que con la categoría y/o atributos de “delincuente”. Ardua tarea si las hay.

Por otro lado, resulta crucial destacar que muchas de estas mujeres alcanzaban la posición de “delincuentes” como resultado de ser víctimas de diversas formas de violencia, especialmente afectadas por las cuestiones de género. Al articular género y seguridad pudimos relacionar a las mujeres con la criminalidad y a su vez con el padecimiento de violencias de género, donde en una gran mayoría de las veces ellas mismas no se reconocían como víctimas de tal situación. Observamos que dicha relación podría ser establecida porque en diversas ocasiones los motivos por los cuales muchas de esas mujeres cometen o eran sospechosas de los delitos estaban íntimamente relacionados con las situaciones de violencia que ellas mismas habían sufrido o que actualmente padecen (Fleetwood y Giacomello, 2017; Singer 1986; Hannis 2015; entre otros). De este modo, intentamos demostrar que muchas de las mujeres en conflicto con la ley penal no sólo son sospechosas o responsables de cometer algún delito, sino también víctimas de violencia de género, así como también de actos que tal vez sin llegar a ser delitos per se, involucran violencia y situaciones de

maltratos que las colocan en situaciones de desigualdad, propensas a ser víctimas y victimarias a la vez.

En este sentido, para problematizar la relación víctima-victimaria, fue clave trabajar con un concepto de seguridad lo suficientemente flexible que nos permitiera visibilizar las particularidades que experimentan el colectivo de mujeres dentro de la política criminal carcelaria. A través de trabajar sobre la especificidad del colectivo de mujeres como grupo vulnerable que compone parte del universo de la política criminal observamos el lazo entre víctima-victimaria. Sin embargo, la posibilidad de pensarse como víctimas por motivos de género estaba lejos de concretarse como tal. Al menos no sin dificultad. Esto es, en tanto victimaria, la posibilidad de acercarse a las instituciones del sistema penal para solicitar asistencia y apoyo como víctima, como persona en situación de vulnerabilidad, muchas veces no parecería ser una opción, o al menos no lo era para la mayoría. A su vez, esta situación se agudiza porque, por otro lado, como decía una funcionaria del GCBA, “No todas las denuncias, ni todos los actos de violencias constituyen delitos” (Fernanda, Entrevista, 2023). De este modo, las violencias pasan desapercibidas, quedan suprimidas y naturalizadas tanto en la vida de la mujer víctima-victimaria como en el día a día del agresor quien encuentra en las mismas violencias una forma de socialización de la cual es difícil de salir, cambiar e imaginarse.

Esta situación contribuye aún más a que en muchos casos predomine una etiqueta social, la de victimaria, por sobre otra, la de víctima. Es decir, en el caso de la mujer responsable o acusada de cometer de un delito es muy difícil poder reconocerse y que sea reconocida socialmente en el rol de víctima, aún más en un contexto donde algunos actos y prácticas violentas no conforman delitos, y los bajos niveles de tasa de denuncia por violencia de género que las estadísticas oficiales reflejan.

En este marco, por ejemplo, Catalina, una ex funcionaria del Ministerio de Justicia señalaba que cuando, un policía se acerca a la casa de una persona que fue

privada de su libertad, aún si es para responder un llamado por violencia de género, la víctima de violencia en diversas ocasiones es percibida y etiquetada por sus vecinos y vecinas y su entorno como delincuente. Es decir, no es percibida como damnificada o víctima y la cárcel aparece como el lugar donde ella debería estar y la solución a los problemas de seguridad. Esta imagen se presenta como si fuera la única y exclusiva forma que aquella mujer pudiera tener contacto con el sistema penal. Sin embargo, no deja de ser una entre tantas posibilidades que genealógicamente se proyecta como hegemónica y dominante (Laclau y Mouffe, 2001).

A su vez, aun en menor medida, aquella presencia de las fuerzas de seguridad, acuñada en la figura del policía, también hace visible otra cuestión, “el choque del sistema penal con el otro lado. Es impactante porque es el reconocimiento de un derecho” (Entrevista, funcionaria del Ministerio de Justicia, área de Readaptación Social, 2021). Un derecho que, por un lado, para aquéllas mujeres que transitaron por dependencias carcelarias ha quedado invisibilizado y suprimido. Y, por otro lado, es un derecho que ha quedado dominado por la figura de mujer sospechosa, delincuente, reclusa invalidando cualquier otra posición y fuente de contacto con el sistema penal que no sea asociado con una imagen proyectada de mala mujer, mala madre, mala esposa (Antony, 2007). Sin embargo, hacer visible este derecho no sólo incomoda, sino que a su vez pone en evidencia la hegemonía de un modelo moral patriarcal en materia de política criminal que se reproduce, evoluciona, consolida y sedimenta. No obstante, es importante recordar que, si bien este modelo se presenta como único y cerrado, una de las tareas de este artículo fue poner en evidencia que las relaciones y posiciones en los roles de género son socialmente construidas y por lo tanto contingentes. Las relaciones, las posiciones son maleables y dependen y se ponen en juego mediante una lucha hegemónica constante donde los significados se disputan (Laclau y Mouffe, 2001). Es por esto mismo que es clave seguir repensando nuevas y alternativas maneras de entender y producir seguridad para que el colectivo de

mujeres y las disidencias puedan tomar visibilidad y tener un mayor acceso a sus derechos en el ámbito de la política criminal. Es clave trabajar la seguridad, sus problemas y la resolución de sus conflictos desde la diversidad, pero también desde el disenso. El reconocimiento político de la desigualdad y el disenso es el punto donde el género y la seguridad se cruzan y retroalimentan y el prerrequisito para que haya una seguridad con perspectiva de género.

Referencias bibliográficas

- ANTONY, Carmen (2007). Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina. *Nueva Sociedad*, 208, pp.73-85.
- BAXTER, Alexandra (2020). When the line between victimization and criminalization blurs: The victim-offender overlap observed in female offenders in cases of trafficking in persons for sexual exploitation in Australia. *Journal of Human Trafficking*, 6 (3), pp. 327-338.
- BERG, Mark. T., y SCHRECK, Christopher. J. (2022). The meaning of the victim-offender overlap for criminological theory and crime control policy. *Annual Review of Criminology*, 5, pp. 277-297.
- CARRASCO, María Eugenia, PAVÓN TOLOSA, María Eva, AGUIRRE, María Florencia, BERMÚDEZ, Noelia, MARZULLO, Fiorella, MONTAÑEZ, Ana Clara y SOSA, Bárbara Elizabeth María (2018). La producción de información criminal sobre violencia de género en Argentina. *Análisis*, 34.
- DERRIDA, Jaques (1997). Signature, Event, Context. *Limited Inc.* Northwestern University Press.
- EMERSON, Robert, FRETZ, Rachel y SHAW, Linda (2011). *Writing Ethnographic Fieldnotes*. Segunda edición. The University of Chicago Press.
- FLEETWOOD, Jennifer y GIACOMELLO, Corina (2017). Women and drug policies in Latin America: A critical review of the United Nations Resolution 'Mainstreaming a Gender Perspective in Drug-Related Policies and Programmes'. *The Howard Journal of Crime and Justice*, 56 (3), pp. 288-308.
- FOCÁS, Brenda y KESSLER, Gabriel (2015). Inseguridad y opinión pública: Debates y líneas de investigación sobre el impacto de los medios. *Revista Mexicana de Opinión Pública* (19), pp. 41-58.

- FOUCAULT, Michel (1992). Entrevista sobre la prisión: el libro y su método. *Microfísica del Poder*. Tercera edición. Las Ediciones de La Piqueta.
- GARRÉ, Nilda (2014) La seguridad ciudadana en clave de género. *Voces, La revista del Plan Fénix*, 5 (32).
- GHERARDI, Natalia (2016). Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar. *Asuntos de Género*. CEPAL y AECID
- GLANC, Laura y GLANC, Pablo (2014). La paradoja de la seguridad en la Ciudad de Buenos Aires: ¿proteger a las “amenazas urbanas” de los “garantes” de la “seguridad”? En Sabina FREDERIC, Mariana GALVANI, José GARRIDA y Brígida RENOLDI (Eds.) *De Armas Llevar. Estudios socio antropológicos sobre quehaceres policiales y de las fuerzas de seguridad*. La Plata: UNLP.
- GLANC, Laura y PAGE POMA, Fernanda Raquel (2019). Seguridad pública y política: un análisis de los datos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *DILEMAS: Revista de Estudios de Conflicto e Controle Social*, 12 (2), pp. 357-379.
- GLANC, Pablo (2017). *Discriminación y violencia contra las personas con una identidad sexo-afectiva distinta a la hegemónica. De cómo el discurso jurídico ha establecido, ejercido, legitimado y reproducido una violencia caracterizada por la negación*. Tesis doctoral. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires: Facultad de Derecho.
- GOODE, Eric (2015). *The handbook of deviance. Wiley Handbooks in Criminology and Criminal Justice*. Wiley-Blackwell.
- HANNIS, Christine Kay (2015). *Understanding the Victim-Offender Overlap: An Exploratory Study*. MSU Graduate Theses. 2840.
- HEISE, Lori, RAIKES, Alanagh, WATTS, Charlotte, y ZWI, Anthony (1994). Violence against women: a neglected public health issue in less developed countries. *Social science & medicine*, 39 (9), pp. 1165-1179.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., y BAPTISTA LUCIO, P. (2018). *Metodología de la investigación*, volumen 4, McGraw-Hill Interamericana.
- LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal (2001). *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*. Verso
- MILLER, Jody y MULLINS, Christopher (2009). Feminist theories of girls' delinquency. En Zahn Margaret (ed) *The Delinquent Girl*. Temple University Press, pp.30-49
- MUGGAH, Robert (2017). El auge de la seguridad ciudadana en América Latina y el Caribe. *International Development Policy / Revue internationale de politique de développement*, 9.

- PLOSKENOS, Analía y RANGUGNI, Victoria (2022). Paradigma de la gestión de la conflictividad. El rol de las políticas públicas de control y prevención de las violencias de género. Objetivos de la política de seguridad y de la política criminal. En *El abordaje de la violencia de género de la política pública de la seguridad. Tensiones entre la prevención, la persecución y las soluciones no punitivas*, Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED).
- RAMOS MESA, Amalín (2021). Interseccionalidad como cuestionamiento a nuestros marcos teóricos y prácticos: universalización, exclusión y compromisos. En *Estado Presente: Políticas públicas contra las violencias por razones de género*. Compilación del 1° Congreso del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual.
- RANGUGNI, Victoria (2014). La redefinición de las relaciones de gobierno y el desbloqueo del problema de la (in) seguridad en la última década. *Revista del Plan Fenix, Voces*, 5(34) pp. 44-53.
- REINGLE, Jennifer (2014). Victim-Offender Overlap. En Mitchell MILLER(ed), *The Encyclopedia of Theoretical Criminology*. Blackwell Publishing Ltd..
- RODRIGUEZ, Esteban (2011). *Seguridad y derechos humanos: Herramientas para la reflexión sobre la seguridad ciudadana y democrática*. Ministerio de Seguridad de la Nación.
- SAFRANOFF, Ana y TIRAVASSI, Antonella (2023). *La diversidad en la Adversidad: Explorando el impacto diferencial de género en los contextos de encierro en Argentina*, presentación realizada en el Seminario de CELIV.
- SERRANO SUAREZ, Stephanía (2020). Pobreza y criminalidad femenina. *Revista Sistema Penal Crítico*, 1, pp. 113-133.
- SINGER, Simon (1986). Victims of Serious Violence and Their Criminal Behavior: Subcultural Theory and Beyond. *Violence and Victims*,(1), pp. 61-70.
- STOLEN, Kristi Anne (2004). *La decencia de la desigualdad. Género y poder en el campo argentino*. Antropofagia.
- TAMAYO GÓMEZ, Camilo Andrés (2003). Desafíos de la seguridad ciudadana. *Reducción de la pobreza, gobernabilidad democrática y equidad de género*, 2. Proyecto de Promoción de Políticas de Género. GTZ.
- TAPPAN, Paul W. (2017) ¿A qué se llama delincuente?. *Delito y Sociedad*, 44(26), pp. 203-213.

- TISCORNIA, Sofía (2004). Entre el imperio del “estado de policía” y los límites del derecho. Seguridad ciudadana y policía en Argentina. *Revista Nueva Sociedad*, 191, pp.78-89.
- TISCORNIA, Sofía (2009). La Seguridad pública como tema de investigación de la universidad y las organizaciones de derechos humanos. *Cuadernos de Seguridad*, 9 (4). Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.
- VILLALTA, Carla, GESTEIRA, Soledad y GRAZIANO, Florencia (2019). La construcción de significados sobre la maternidad en prisión. Mujeres presas en cárceles de la provincia de Buenos Aires, Argentina. *Desacatos*, (61), pp. 82-97
- WALKER, Leonore (1979). *The Battered Women*. Harper and Row Publishers Inc.

Documentos

- ALLEN, Heather, CÁRDENAS, Galo, PEREYRA, Leda y SAGARIS, Lake (2019) *Ella se mueve segura (ESMS). Un estudio sobre la seguridad personal de las mujeres y el transporte público en tres ciudades de América Latina*. Caracas: CAF y FIA Foundation. Disponible en: <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/1405>
- AYUSO, María (2019). “Mulas”: historias de mujeres que arriesgan todo y son el último eslabón del narcotráfico. diario La Nación, 12 de noviembre de 2019. <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/las-mal-llamadas-mulas-historias-mujeres-arriesgan-nid2304810/>
- BRAMUGLIA, Julieta y PEREYRA, Leda (2019). *Plan de Género y Movilidad*. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.
- CELIV/UNTREF (2019). Base de Datos propia a partir de “Encuesta a individuos privados de libertad”.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (2014). *Mujeres y drogas en las Américas Un diagnóstico de política en construcción*. OEA documentos oficiales: OEA/Ser.L. Disponible en: <http://www.oas.org/en/cim/docs/womendrugamericas-es.pdf>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (2016). Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en América Latina.

- Disponible en <https://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugincarceration-es.pdf>
- DIRECCIÓN NACIONAL DE READAPTACIÓN SOCIAL (2018) "Relevamiento Interno". Documento Final" Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1 de abril 2018.
- Instituto Nacional de las Mujeres (2018). III Boletín de Estadística de Género. Observatorio de la Violencia contra las mujeres. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-inam-presenta-la-tercera-edicion-del-boletin-de-genero>
- GIACOMELLO, Corina (2013). *Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina*. Documento informativo International Drug Policy Consortium.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (2022). Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2021.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES (2021)., Análisis político criminal: disciplina para profesionalizar y racionalizar la política criminal. En: <https://inecip.org/noticias/analisis-politico-criminal-disciplina-para-profesionalizar-y-racionalizar-la-politica-criminal/#:~:text=La%20pol%C3%ADtica%20criminal%2C%20forma%20parte,para%20gestionar%20las%20conflictividades%20sociales>.
- INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR (2012). *Producción y gestión de información y conocimiento en el campo de la seguridad ciudadana: los casos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, Buenos Aires- Santiago de Chile*. Disponible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/publicaciones/produccion-y-gestion-de-informacion-y-conocimiento-en-el-campo-de-la-seguridad-ciudadana-los-casos-de-argentina-brasil-paraguay-y-uruguay/>
- MAFFIA, Diana (2020). Violencia de Género: ¿La otra pandemia?. En AAVV. *El futuro después del COVID 19*. Jefatura de Gabinete de Ministros. Argentina. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/el_futuro_despues_del_covid-
- MARINA, Rosario (2020). Fungibles: el drama de las mujeres usadas por el narcotráfico que caen presas. La Nación, 19 de octubre de 2020. <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/fungibles-el-drama-mujeres-usadas-narcotrafico-caen-nid2483367/>
- REFORMA PENAL INTERNACIONAL y ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (2013). *Mujeres privadas de libertad: una guía para el monitoreo con*

- perspectiva de género.* Disponible en:
https://www.apt.ch/content/files_res/women-in-detention-es.pdf
- SAGOT, Montserrat (2000). *Ruta Crítica de las Mujeres Afectadas por la Violencia Intrafamiliar en América Latina: Estudios de caso en 10 países.* Organización Panamericana de la Salud.
- SNEEP, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, estadísticas:
<http://datos.jus.gob.ar/dataset/sneep>,
- SNIC, Sistema Nacional de Información Criminal, estadísticas:
<https://www.argentina.gob.ar/seguridad/estadisticascriminales>
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2008). Manual para Operadores de Establecimientos Penitenciarios y Gestores de Políticas para Mujeres encarceladas. *Revista Serie de manuales de justicia penal.* Disponible en:
https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_mujeres_encarceladas.pdf
- WASHINGTON OFFICE ON LATIN AMERICA, CONSORCIO INTERNACIONAL SOBRE POLÍTICAS DE DROGAS, DEJUSTICIA y LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2016). *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas de América Latina y el Caribe.* Disponible en:
<https://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugsincarceration-es.pdf>

La Constitución y su fuerza normativa

The Constitution and its normative force

 **Raúl Gustavo Ferreyra**

Universidad de Buenos Aires
rgferreyra@gmail.com

Resumen: Este trabajo aborda la fuerza normativa de la Constitución, enfocándose en la dignidad humana y la división del poder como pilares del constitucionalismo. Se plantea la hipotética situación de un presidente que busca congelar o eliminar jubilaciones y pensiones, o concentrar todo el poder público, argumentando que tales acciones violarían la dignidad humana y la división del poder, erosionando la fuerza normativa de la Constitución. A su vez se sostiene que los sistemas constitucionales pueden resistir tales ataques gracias a la existencia de normas objetivas que refuerzan la unidad del orden jurídico. Se concluye que las normas inferiores que contradicen la Constitución son inválidas, a pesar de su aparente eficacia, ya que no pueden superar la magnitud de las normas constitucionales. Por ello finalmente se aboga por la defensa y el fortalecimiento de la fuerza normativa de la Constitución como pilar fundamental para la democracia y el Estado de Derecho.

Palabras Clave: CONSTITUCIÓN; DIVISIÓN DEL PODER; FUERZA NORMATIVA.

Abstract: This paper addresses the normative force of the Constitution, focusing on human dignity and the division of power as pillars of constitutionalism. It presents the hypothetical scenario of a president seeking to freeze or eliminate pensions, or concentrate all public power, arguing that such actions would violate human dignity and the division of power, eroding the normative force of the Constitution. It is also argued that constitutional systems can withstand such attacks thanks to the existence of objective norms that reinforce the unity of the legal order. It is concluded that lower norms contradicting the Constitution are invalid, despite their apparent effectiveness, as they cannot override the magnitude of constitutional norms. Therefore, it advocates for the defense and strengthening of the normative force of the Constitution as a fundamental pillar for democracy and the Rule of Law.

Keywords: CONSTITUTION; DIVISION OF POWER; NORMATIVE FORCE.

Fecha de recepción: 28/02/2024

Fecha de aceptación: 20/03/2024



La Constitución y su fuerza normativa¹

Raúl Gustavo Ferreyra

I. Planteo

La realidad de nuestro mundo se encuentra integrada por una totalidad de cosas, tanto naturales como artificiales. Dentro de esa realidad se encuentran las Constituciones escritas, instrumentos artefactuales, cuyas pretensiones se engloban en determinar un orden jurídico y político fundamental, institucionalizado para una comunidad de ciudadanos igualmente libres que desean vivir en paz.

En el campo de la teoría general de la Constitución, universal o particular, se presentan diferentes problemas. Uno de los huecos en ese conocimiento queda configurado por la divergencia —muchas veces insoluble, otras tantas patológica— entre la “normatividad” o regulación institucionalizada de la Constitución; es decir, la imperatividad que desde su “ser” vigente se prescribe para que “deba ser”, frente a la “normalidad” que se contesta y contrasta en su realización efectiva en la realidad objetiva de la comunidad sindicada y determinada para su ordenación.

No aspiro a alcanzar aquí una verdad absoluta sobre la “fuerza normativa de la Constitución”. Prefiero compartir estos modestos pensamientos en América del

¹ Contribución dedicada al Dr. Roberto Coronel. Una versión de este texto fue concebida para la “conferencia magna” realizada el 20/3/2024 en el Webinar internacional “La fuerza normativa de la Constitución y la sociedad abierta”, organizado por el Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agradezco los valiosos comentarios de E. Raúl Zaffaroni, Leandro Vergara, Carolina Cyrillo, Leandro Eduardo Ferreyra, María Alejandra Pericola, Diego A. Dolabjian, Mario F. Cámpora, Enrique Javier Morales, Siddharta Legale, Maite Alvado, Leticia Vita, Nerina Da Rin, Nancy Cardinaux, Francisco Balbin, Paulo Sávio Nogueira Peixoto Maia y Rodrigo Vissotto Junkes.

Sud. Para afirmar y desarrollar el “Estado constitucional”: tanto Estado como el diseñado sólo y exclusivamente por la Escritura fundamental (Häberle, 2003). Me refiero a un Estado constitucional y democrático, un tipo de organización de la comunidad que facilitaría y tutelaría, basado en un método abierto, racional, respetuoso y dialógico, la “respiración natural” de cada uno de sus ciudadanos.

II. Tesis provisoria

La correlación, la negación o el abismo entre el “ser” y el “deber” del Derecho, en especial, del Derecho de la Constitución, se ha planteado en el siglo xx, por ejemplo, en las obras de Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1934), y de Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1928), con muy diferentes orientaciones. Las reglas del Derecho constitucional se deben encontrar dirigidas a una realidad. Son reglas para la acción del ser humano encerradas en un sistema, el constitucional. Ese sistema, que tiene hasta cuatro piezas (composición, entorno, estructura y mecanismos)², resulta pensado y gestado con miras ideales. Por lo tanto, es un ingrediente elementalísimo de ese sistema construido por ciudadanos que, a su vez, sea “humanamente realizable” (Von Wright, 1997, p. 99). Queda fuera de la realidad la validez existencial de cualquier regla de la Constitución que, en su concepción escritural, traspase las fronteras de posibilidades de la realización humana.

Sin embargo, en este escrito no me refiero a las idealidades que podrían imaginarse y que serían siempre de imposible cumplimiento, porque, pese a su logicidad, la cruel facticidad acabara por demolerlas. Así, aunque comparto el altruismo, porque resulta lógicamente pensable, emplazo en ese marco “la búsqueda de la felicidad”, preceptuada en la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776 de los Estados Unidos de América. Con la idea de “respiración natural”, pienso en las posibilidades y los límites concretos para una realización racional del Derecho constitucional.

² Presento la idea sobre un sistema constitucional en Ferreyra, 2022.

Esa “respiración natural” se puede realizar en un Estado constitucional y democrático que tutela la dignidad de la persona humana, determina la separación de las funciones gubernativas y fulmina cualquier posibilidad de que el poder constituido se favorezca de una suma del poder público, o cualquier modelo tan autocrático como despótico y arbitrario. La Constitución es la suma regla del orden estatal. Dicha condición regulativa, institucionalizadora y ordenadora de la vida comunitaria, provoca que los problemas constitucionales, una vez que la Escritura fundamental ha sido creada, tengan una cualidad eminentemente jurídica, porque no se trata, con simpleza, de meras hojas de papel colectadas o esparcidas al viento.

Los problemas de la Constitución también son jurídicos y merecen ser atendidos y resueltos con las propias piezas del sistema jurídico constitucional del Estado que funda y arraiga con sus reglas. Obviamente, si un gobernante elegido por las vías estructuralmente democráticas de una Constitución decidiese, más temprano que tarde, conductas autocráticas hacia la concentración del poder, se estaría en presencia de un problema político, cuya solución debería encontrarse en las reglas de la Escritura fundamental sobre el desempeño de los servicios públicos. No habrá razones valederas para desjuridizar la cuestión. Tales principios reglados, tanto la dignidad personal como la división del poder, son las razones para una vigorosa o suficiente fuerza normativa de la Constitución. En su ausencia o demolición, sólo cabe esperar la consecuente devastación o el cumplimiento parcial del programa jurídico para la ordenación de la comunidad.

III. Regla y realidad

El Derecho del Estado es una combinación de formas jurídicas o una “suma de formas jurídicas” (Merkl, 2004, p. 235-236 y 244); básicamente: reglas de naturaleza diversa para la regulación institucionalizada de la conducta humana. Se trata de una creación con aspiraciones de unidad, pretensiones de coherencia y autoridad prescriptiva, siempre dentro de un ámbito espacial y temporal. Su máxima expresión jerárquica la instituye su Constitución escrita, que al determinar

el único origen e implantar el criterio para el escalonamiento y la gradación de todo el Derecho inferior, autoriza una existencia ciudadanamente pactada de un “Estado constitucional”. Ella, con sus enunciados altísimos e insuperables de Derecho, es la forma de las formas del orden jurídico estatal; acaso, junto a un determinado cuerpo del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en el supuesto de que, en tanto Ley fundamental, les autorice desde su propia fuente matricial una validez con semejante, menor o prevalente jerarquía.

La Constitución, producto exclusivo de la razón humana, es un objeto que se encuentra en el mundo social. Es un instrumento normativo que el Derecho promete para desarrollar y conservar la vida de todos los seres humanos, así como un determinado cuidado de la naturaleza. Fue inventada para que abandonaran un incierto estado antisocial o sin política gregaria (o apolítico). La Escritura fundamental, con su sistema, debe alcanzar un compromiso tanto para construir consensos homogéneos como para tramitar los intereses opuestos de la ciudadanía, que minimice sus fricciones y garantice la paz.

La escritura de la Constitución se puede desarrollar sólo en dos contextos: el de su producción y el de su realización o cumplimiento. Puesta la Constitución en el mundo, en el marco de una sociedad abierta y democrática, inevitablemente, desde la comprensión jurídica, debería sobrevenir su cumplimiento. El cumplimiento puede realizarse por el mero acatamiento de los ciudadanos o de los servidores públicos encargados de los poderes constituidos del Estado. Por ejemplo, el presidente al emitir un decreto, el juez al pronunciar una sentencia o el Congreso al sancionar una ley, se dirá que acatan la Constitución, dado que con su fundamento construyen el decreto, la ley o la sentencia. También se podrá decir que acata la Constitución el lector de este texto, en virtud de que, con asiento en reglas de esa raíz y jerarquía normativa, dispone de derechos para leer, discutir y refutar, incluso en la plaza pública.

No obstante, producida la norma constitucional, no todo en el mundo jurídico será puro, listo y liso acatamiento. Hay ocasiones en las que el cumplimiento, merced a los conflictos que se suscitan, queda reservado a los poderes constituidos, en particular, los órganos del poder jurisdiccional. Asimismo, el saber

doctrinario o teórico sobre el objeto “Constitución” implica otro modelo de realización.

La realización de la Constitución, que según el caso se puede cumplir por el acatamiento, la interpretación judicial o el saber doctrinario, será siempre concreción o ejecución de Derecho positivamente creado. Concretamente: el Derecho constitucional lo produce el poder dotado por la Escritura fundamental con específicas y exclusivas atribuciones constituyentes del Estado.

El legislador constituyente, el gran arquitecto, discute, proyecta y sanciona la “Biblia Política” del Estado. En la lengua del poder fundador sólo ha de existir un número finito de enunciados de Derecho, porque la Constitución determinará las formas del orden jurídico y, hasta cierto punto, todo su contenido. La realización de la Constitución autorizará una utilización casi “infinita” o ilimitada del instrumento o “medio finito” (Von Humboldt, 1988, p. 91). No ha existido una inteligencia natural que pueda concebir estados de cosas infinitos, porque su propia finitud estatuye con rigor insuperable los límites de aquello que ha de ser calculable y previsible. Las reglas constitucionales son las reglas básicas que, pensadas siempre en el momento originario o de cambio, han de determinar y condicionar todo aquello que nazca directamente en razón de su regulación jurídica. El don de esas reglas finitas, integradas en las piezas del sistema de la Constitución, autorizará que puedan deducirse de ellas, a la sazón como una especie de árbol de derivación, una combinación casi ilimitada de regulaciones sobre las conductas humanas, cuyo objetivo máximo es buscar la paz comunitaria y, una vez conseguida, mantenerla, y, una vez mantenida, desarrollarla con alcance duradero.

Nótese que toda norma constitucional tiene un ámbito semántico, cuya certeza no es ni será aritmética. Hay un ejemplo muy didáctico. Colocada la norma constitucional en el mundo, se la puede comparar con un barco. Así, necesitará de prácticos para llevar una ruta marcada por expertos en puerto y, luego, en mar libre dependerá para seguir el rumbo propio asignado por la “autoridad constituyente” (la “carta de navegación” (Alberdi, 1856, p. 158) de las tareas idóneas del capitán y de la tripulación de la embarcación (Radbruch, 1944, p. 148)

(las “autoridades constituidas”). Que tomase cualquier otro rumbo no asignado significaría naufragar el barco, extraviar la semántica propuesta por la Constitución y negar su naturaleza prescriptiva.

IV. La fuerza normativa de la Constitución

El Derecho de la Constitución “es potencialmente la base de todos los principios y procesos del Estado constitucional” (Häberle, 2021, p. 273). Sin embargo, el hecho de que la Constitución sea la base, el fundamento de la ordenación de todas las formas jurídicas y que conlleve la necesidad de su cumplimiento, no significa que ella sea cumplida. En toda vida se encuentran divergencias entre los planes ideados y los resultados obtenidos, gracias a un programa predeterminado o en contra de él. Del mismo modo, en gran cantidad de casos, el “deber ser” previsto por las reglas constituyentes y su grado de cumplimiento muestran diferencias notorias.

La Constitución, como norma, forma parte de la realidad en cuanto escritura publicada. Ella tiene un ámbito de validez y otro ámbito de eficacia. Con el término “validez” (Kelsen, 1993, p. 23) se designa la existencia específica de la regla. Su “eficacia” consiste en el hecho de que ella sea realizada y obedecida, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma. Además, la eficacia es condición de la validez en aquella medida en que debe aparecer en la imposición de la norma jurídica para que no pierda su validez.

El “no cumplimiento” de la regla constitucional no ocasiona su eliminación o su entierro. La divergencia mostrada por la eficacia de una facticidad de las autoridades constituidas que contraríe la normatividad de la autoridad constituyente pone de manifiesto la existencia de prácticas antinormativas, pero no han de ser un vehículo para extinguir la fuerza normativa de la Constitución. En otras palabras, si un presidente de una república se creyese iluminado por una providencia y, dentro de los cúmulos irracionales de esa creencia, considerase que debe arrogarse facultades legislativas en sustitución del Congreso y configurar él mismo y en soledad el Derecho, dicha asunción autocrática podría poseer eficacia,

pero jamás calzaría congruentemente con la Ley fundamental, dado que no tendría validez constitucional, porque ese abuso iría en contra de la división racional de poderes. El triunfo de la bruta facticidad no supone el triunfo de la razón, porque aquella solamente se arregla con la fuerza irracional, mientras que ésta descansa en el diálogo y el respeto del prójimo para la construcción comunitaria. Tengo la esperanza de que, con el tiempo, toda brutalidad quede desvanecida.

Las dificultades entre las idealidades normativas del modelo constituyente y sus inespecíficas concreciones, es decir, su ineffectividad, han sido abordadas por Kelsen y Schmitt, como ya mencioné. El grado de eficacia de las normas o el grado apto que puede vislumbrarse en la fuerza de la facticidad, marcaba lados opuestos de la discusión. Con otros argumentos, en otro país y otra realidad, también preocupó a Piero Calamandrei, quien, en 1955, con la publicación de *La Constitución inactuada*, expresó sus pesares sobre el grado de incumplimiento de la Constitución de la República de Italia sancionada en diciembre de 1947, muy posiblemente uno de los textos más logrados en el siglo xx, por su concisión, claridad, solvencia política, racionalidad jurídica y compromiso democrático.

Si bien la Constitución es la norma de las normas, no se ha inventado —y jamás se inventará— una herramienta que pueda medir o calcular tanto su fuerza normativa como sus grados de incumplimientos. Lamentablemente, no existen dispositivos para medir la eficacia del instrumento mayor de la ciudadanía y de los servidores públicos. No habrá invención factible de la inteligencia artificial que detecte o mesure el recorrido que asumen las reglas constitucionales inventadas por la inteligencia humana. Tampoco existen servicios preventivos o de mantenimiento. El único recurso disponible es que la Constitución democrática sea conocida por todos. Quizá una fuente de inspiración radique en el artículo 377 de la Constitución francesa de 1795:

“Le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution à la fidélité du Corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges; à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l’affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français. [El pueblo francés deposita la presente Constitución en la fidelidad del Cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de los administradores y jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, al afecto de los jóvenes ciudadanos, al coraje de todos los franceses]”.

Naturalmente, la fuerza normativa de la Constitución se reduce cuando una autoridad pública actúa contra sus mandamientos o cuando esa misma autoridad pública no concreta los planes de la Escritura fundamental. A tono con aquello escrito más arriba, la Constitución es una creación para dotar de “unidad” al orden jurídico del Estado. Las prácticas antinormativas, concretadas en la generalidad de los casos por todos aquellos servidores públicos elegidos o designados para el cumplimiento de las normas constitucionales, erigen una zona de actuación contra la Constitución.

La correlación o la ausencia de correspondencia entre norma y realidad fue una preocupación para Konrad Hesse, quien en 1959 publicó “La fuerza normativa de la Constitución”. Allí postuló que la coincidencia entre realidad y norma es “sólo un hipotético caso límite” (Hesse, 1992, p. 58). Además, con sobrada intuición se preguntó si junto a las fuerzas determinantes, políticas y sociales, también ha de existir una “fuerza determinante” del Derecho constitucional (Hesse, 1992, p. 59). De este modo, Hesse llegó a la conclusión de que existe, por un lado, el problema perpetuo sobre la normatividad constituyente. Sin embargo, advirtió que la “Constitución posee una fuerza propia, aunque sea limitada, motivadora y ordenadora de la vida política” en la comunidad. En su afanosa búsqueda descubrió un texto de Wilhelm von Humboldt escrito en 1791:

“Ninguna Constitución establecida por la razón, en la inteligencia de que ésta dispusiese de un poder ilimitado que le autorizase convertir sus proyectos en realidad —con arreglo a un plan en cierto modo predeterminado— puede prosperar. Solamente podría triunfar aquel que surgiese de la lucha entre la “poderosa y fortuita realidad y los dictados contrapuestos de la razón” (Von Humboldt, 1983, p.78)

A partir de esta clave anunciada premonitoriamente en el siglo xviii, Hesse entendía que la realización de una Constitución y su texto escrito, esto es, norma jurídica escrita y realidad viviente en la práctica, se han de hallar en una “situación de coordinación correlativa”. Para aliviar que una norma quedase vacía de realidad o que una realidad vaciase la norma o se encontrase vacua de ésta, Hesse se sirvió de la tesis de Humboldt:

“La fuerza y la eficacia de la Constitución descansan en su vinculación a las fuerzas espontáneas y a las tendencias vitales de la época, en su capacidad para desarrollar objetivamente estas fuerzas, para ser, por su mismo objeto, el orden global determinado, es decir, material de las relaciones sociales concretas” (Hesse, 1992, p. 65).

La fuerza normativa de la Constitución también se ha de fundar en determinadas condiciones de realización, que Hesse apodó “voluntad de la Constitución”: a) la conciencia sobre la necesidad de un orden normativo objetivo e inviolable que aleje la “arbitrariedad desmedida e informe”; b) la convicción de que ese orden constitucional es legítimo y en continua legitimación; c) la advertencia de que el orden constitucional, auspiciado por la razón en su génesis, solamente podría “adquirir y conservar” vigencia a partir de una adecuada realización, pues se encuentra supeditado o se concreta por intermedio de actos de voluntad (Hesse, 1992, pp. 65-66).

En 1995 Germán Bidart Campos escribió como su proposición capital que la Constitución de un Estado democrático inviste esa naturaleza; tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicitudes (Bidart Campos, 1995). El maestro argentino aseveró que la Escritura fundamental, objeto de su tratamiento, es la del Estado democrático. Con lealtad a sus pensamientos, añadió la idea de los contenidos implícitos que yacen en la Constitución, además, por cierto y descontado de los contenidos que por explícitos requieren, acaso, menor esfuerzo en su descripción y valoración (Bidart Campos, 2004).

Un inventario de cuanto se ha escrito hasta aquí autoriza a sugerir que la Constitución democrática del tipo de Estado constitucional de Derecho ha de ser el resultado de un plan de la razón humana. La Constitución es el plano del edificio, motivo por el cual el edificio sin planos siempre caerá o poseerá deficiencias imposibles de superar. Sin embargo, los planos no pueden condicionar completamente la realización del edificio, el que se encuentra disponible al presente y al futuro de la ciudadanía en el seno de una sociedad abierta. Ese plano maestro tiene normatividad; ésta descansa, por un lado, en su energía regulativa y, por el otro, en la disposición que ha de poseer su propia arquitectura para

retroalimentarse de las condiciones de realización en el presente y que se invoquen para el futuro.

Las Constituciones son redactadas hoy, siempre en el presente, con la curiosidad de que su vigencia comenzará el día de mañana. Así, el objeto a regular, la fundamentación del Estado, proveería con su inmediata actualidad convicciones necesarias y racionales para motivar la realización del programa constituyente. En suma, la Constitución como programa por excelencia de la razón humana para gobernar el tiempo y el espacio de determinado espacio de la comunidad también recibe, inteligentemente, un complemento para su fuerza normativa de la misma realidad a la que se dirigen sus reglas.

V. Algunas aplicaciones prácticas

Toda Constitución se celebra en una unión indestructible de sus principios y de sus reglas. La elaboración de un listado de esos principios y de esas reglas, una constelación inmensa y difícil de culminar, sería una tarea muy relevante. Sin embargo, no es la finalidad de este texto, dado que como expresé antes, la idea aquí proyectada sobre la fuerza normativa de la Constitución se encuentra dirigida a mantener y desarrollar “una respiración natural” de toda la ciudadanía de una comunidad.

Asimismo, ya insinué que la dignidad de la persona y la división del poder constituyen pilares del constitucionalismo global. La “dignidad de la persona humana” posee una de las más espléndidas consagraciones en el artículo 1.III de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - A soberania;

II - A cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - O pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[Art. 1. La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

I - la soberanía;

II - la ciudadanía;

III - la dignidad de la persona humana;

IV - los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa;

V - el pluralismo político.

Parágrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución].

El otro principio de la organización del poder estatal se refiere a la distinción y separación de las funciones del gobierno republicano y la representación de la ciudadanía. El artículo 1 de la Constitución federal de la República Argentina, uno de los textos “republicanos” más antiguos del mundo (1853), representa con gran fidelidad esta idea y se yergue como paradigma, en tanto el gobierno republicano es impensable sin distinción y separación de funciones: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

La dignidad comporta conferir reconocimiento a todo ser humano, y que todos y cada uno tiene igualdad para el ejercicio de su vida en libertad. Así, el Estado constitucional, respetuoso y promotor de la dignidad de cada ser humano, por el solo hecho de serlo, concederá y protegerá la inmaculada posibilidad de millones de planes de vida. La dignidad humana jamás podría ligarse o vincularse al mercado o a los negocios privados; es inherente a la humanidad de la persona, no a las probabilidades negociales. Toda la vida del ser humano debe ser protegida,

incluso en su etapa final. En el sistema constitucional de la Argentina, desde el 2022, goza de jerarquía constitucional la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; ya desde 1957 el artículo 14 bis de su Constitución determina que el Estado se compromete a establecer y otorgar “jubilaciones y pensiones móviles”.

¿Qué sucedería, por ejemplo, con la fuerza normativa de la Constitución si un presidente elegido por una mayoría electoral supusiese que se hace necesario congelar y destruir las jubilaciones y pensiones de las “personas mayores” en el marco de una situación económica de altísima inflación? ¿Sería suficiente que ese presidente asumiese que para reducir el gasto del Estado se hace necesario incumplir los compromisos constitucionales y así enterrar las prestaciones mensuales y dinerarias que deben percibir jubilados y pensionados? La desnaturalización de las jubilaciones y pensiones, que se ejecutaría de manera sangrienta por la vía de esa política pública de un presidente, resultaría clara y manifiestamente violatoria de la Constitución y causaría la corrosión casi completa de la dignidad de las personas afectadas.

La idea desarrollada sobre la intangibilidad de la dignidad de la persona humana tiene también como fuente la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, que en 1948 instituyó para la teoría general del constitucionalismo global la siguiente tesis normativa en su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente”³.

En un despiadado panfleto publicado en 1956, Ludwig von Mises, con profunda irracionalidad, sostuvo que constituye un error suponer que la naturaleza ha concedido a cada individuo una serie de derechos inalienables. Más adelante supuso que el nivel de vida del hombre medio occidental no se consiguió

³ Hay “un texto constitucional en sentido general” escrito por I. Kant: “Todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también él está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respecto a cada uno de ellos. La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas” (Kant, 2008, p. 335). Todas las ideas sobre la dignidad encuentran en el filósofo alemán las palabras generadoras.

a base de ilusorias disquisiciones en torno a cierta etérea e inconcreta dignidad justicia; se alcanzó, por el contrario, gracias al actuar de “explotadores” e “individualistas sin entrañas”(Von Mises , 1979, p. 149). La naturaleza inhumana y consabida crueldad de la manifestación del economista citado sólo puede constituir una fuente de autoridad para una sociedad negacionista de la libertad, la igualdad y la solidaridad. Sólo esas ideas brutales y contrarias a la dignidad y a la justicia social pueden ser asumidas por un presidente para arrasar la entidad de los haberes de los jubilados.

Un presidente también podría distorsionar o eliminar la división del poder y asumir una suma del poder público. Así, quedarían destituidas las funciones del Congreso y su tarea de representación política de la ciudadanía. En la conjetura imaginada, ese presidente, en desprecio de la juridicidad constituyente, evitaría el diálogo y dictaría órdenes que, por su generalidad y abstracción, podrían ser consideradas con rango semejante a una ley del Congreso, con una escandalosa vocación de permanencia en el tiempo. El presidente haría la ley y también, por supuesto, los decretos reglamentarios.

En la Argentina, por caso, el presidente puede dictar “decretos por razones de necesidad y urgencia (DNU)”⁴. Ya he advertido en varias ocasiones que se trata de un hecho maldito constitucionalizado por la reforma de 1994, porque eleva a la enésima los vastísimos poderes presidenciales. Téngase en cuenta, sin embargo,

⁴ En el art. 99.3 de la Constitución federal Argentina se dispone que el presidente tiene las siguientes atribuciones: “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

que el presidente no debería dictar un DNU cuando se le antojase; si así fuera, arrasaría con la Constitución⁵.

Repárese, además, en que la Ley fundamental del tipo Estado constitucional se debe inclinar decisivamente por la división del poder. Se juzga que la repartición del poder debería impedir o devaluar la concentración absoluta. Así, la división de la titularidad y el ejercicio del poder político pareciera constituirse en una de las más fabulosas utopías: someterlo con la adjudicación de reglas que tendrán por finalidad contenerlo y disciplinar su funcionamiento. Además, la desconcentración del poder político también insinúa el perímtero de un anhelo: la existencia de un escudo de protección para la libertad del ciudadano. El tipo de Estado fundamentado por un sistema constitucional, tal como aquí se describe, posee, en rigor, un solo enemigo: la concentración absoluta del poder político. No hay otro enemigo que la indiscriminada colección de atribuciones en un poder absoluto sin control. Por dicha razón, la idea de dividir el poder no tiene rival, pero sí un enemigo: la concentración absoluta.

En esta conjetura también se observa una ruptura de la forma de gobierno republicana y la división del poder que ella impone. De las herramientas inventadas, la división del poder instrumenta la ilusión de que la separación en departamentos (ejecutivo, legislativo y judicial) impediría la concentración o suma del poder público. Esa suma del poder, en que incurriría el presidente del ejemplo descrito, haría que la vida, la libertad y la propiedad quedasen a expensas de una sola persona. El fundamento epistémico sobre la división de poderes es irrefutable:

⁵ Las prestaciones para cubrir las contingencias asociadas a la vejez, con las respectivas jubilaciones y pensiones, constituye uno de los principales e irrenunciables compromisos que debe cubrir el Estado. En el presupuesto se deben contemplar las partidas para cubrir ineludiblemente esta erogación del Estado que, en la actualidad, alcanza a más de 7.000.000 de personas en la Argentina. En escándalo de la división de poderes, el presidente, junto a su jefe de gabinete y sus ministros, por medio de dos DNU “con rango legal” (n° 70 del 20/12/2023 y n° 274 del 22/3/2024, respectivamente), ha recortado drásticamente los haberes jubilatorios. Se trata de una demolición de la equidad, la solidaridad, la prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo y de calidad de vida e igualdad de oportunidades asegurados por la Constitución federal de la República (arts. 14 bis y 75, incs. 2 y 8). Así, la existencia para todos los jubilados y pensionados se convierte, injustamente, en indigna por acto del “príncipe”. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido, por mayoría, que “el texto de la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”, *Fallos*, CSJN: 333:633, *in re* “Consumidores Argentinos”, 19/5/2010. Ver, también, Bianchi, 2024 y Clérico, 2024.

el diálogo de todos es superior, siempre, al monólogo de un individuo —aquí, el presidente que intentaría gobernar por la vía de una “autocracia electiva” (Bovero, 2015).

Las crisis constitucionales son muy frecuentes en América del Sud. En esos momentos desgraciados se pone a prueba la fuerza normativa de las Constituciones. Ciertamente, no hay justificación para ninguna política pública que intente lastimar, erosionar o dañar de cualquier modo la dignidad de la persona humana, en particular, en la hipótesis de los jubilados antes descrita. Tampoco ningún presidente debería concentrar una suma del poder público. La violación de la dignidad humana, al devaluarse y licuarse las jubilaciones, junto al jaque mate a la división del poder por la vía de la irracionalidad aupada en su concentración son test suficientes para la fuerza normativa de una Constitución.

En cualquier caso, los sistemas constitucionales pueden prevalerse de esa fuerza normativa, al concentrar “razones objetivas” debidamente positivizadas en sus órdenes jurídicos para repeler las agresiones. No es una mera agresión, porque se trata de la afectación de la “unidad” que sólo una Constitución puede proporcionar a un Estado. Sin esa unidad en el Derecho, resulta casi de imposible pronóstico la legitimación democrática. Antes del telón leamos a Kelsen:

“Si hubiera algo así como un derecho contrario a Derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico, quedaría eliminada. Pues una norma “contraria a norma” es una autocontradicción; y una norma jurídica, en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna” (Kelsen, 1991, p.274).

Por de pronto, huelga decir que, en las hipótesis descritas, las normas inferiores del presidente son genuinamente inválidas y nulas, pese a que reclamen o muestren cierta eficacia, porque nunca aquello que es inferior podrá superar o alcanzar la magnitud de aquello que resulta superior.

VI. Cierre

Primero. La construcción de los trazos de una teoría general de la Constitución, con base sudamericana, constituye un desafío para la ciencia o el saber constitucionalista.

Segundo. La distinción entre la creación de la Escritura fundamental y el ámbito de su realización muestra con suficiente aptitud los límites y las posibilidades para estudiar y valorar la fuerza normativa de la Constitución. Por lo tanto, el empleo doctrinario que distingue entre Constitución formal y material carece de sentido y cae por su propio peso. Una apelación al confronte entre “Constitución formal” y “Constitución material” genera distorsiones epistemológicas insalvables, motivo por el cual la irracionalidad debe ser condenada en el seno del Estado de tipo constitucional⁶. Así, hay y habrá una sola Constitución, la Escritura fundamental dirigida para la convivencia de la ciudadanía y los servicios públicos, cuyo grado de cumplimiento por las autoridades y la ciudadanía es una escena en continuo movimiento, se cumpla o no se cumpla, se realice en muchas de sus piezas o se aplique de modo ínfimo.

Tercero. La fuerza normativa, al menos desde 1791, posee expresión en la literatura científica sobre la Constitución, tal como se computa con Humboldt. Con todo debe reputarse que, ciento cuarenta años antes (1651), Thomas Hobbes ya había planteado, más bien genéricamente, que “el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan siendo leyes, ahora” (Hobbes, 2011, p.220). Evidentemente, tanto Humboldt como Hobbes, uno más fundado en los quehaceres de la razón y el otro en los de la experiencia, despuntaron sus preocupaciones capitales sobre la “autoridad del Derecho”. Por cierto, ninguno de ellos pudo entrever las aporías, perplejidades ni paradojas, así como tampoco la marcada desilusión y la falta de esperanza que la historia y el presente del constitucionalismo han demostrado entre las orillas de la producción de la norma constitucional (o fragmentos de

⁶ En igual sentido se expidió Konrad Hesse, quien apodó como “superflua” a la distinción, al insinuar que debe entenderse por “Constitución” a la “Ley fundamental y su contenido”. V. Hesse, 1996.

ellas) y la radicalidad, dolosa o culposa, que trastoca y corrompe el ámbito de su “deber ser”.

Cuarto. Durante el siglo xx se han realizado notables aportes sobre “normatividad y facticidad”, tanto en el ámbito de la teoría general del Derecho como de la teoría general de la Constitución, que en su conjunto demuestran que la fuerza normativa de la Escritura fundamental no es un problema exclusivo de poder político. El saber constitucional, la doctrina de los autores y la judicial han dicho suficiente y tienen mucho para disertar.

Quinto. La Constitución es una obra por excelencia de la razón humana. El cumplimiento de sus principios y reglas debe tener en cuenta el pasado y el presente de la comunidad, cuyo objeto fomenta y alienta la realización de sus normas. Por eso, la tesis provisoria puede ser mantenida y completada: la Constitución fundamenta al Estado y requiere, para ahondar en sus posibilidades normativas, la necesidad de aceptar y recibir las demandas del presente.

La existencia de la Constitución, la Escritura fundamental producida y expuesta en el mundo, seriamente, forma parte de la realidad. No puede derivarse a su eficacia, porque sigue existiendo, incluso con el incumplimiento. La tensión entre validez y facticidad, en el escenario constitucional, adquiere la mayor trascendencia jurídica y, también, cierto dramatismo político.

La fuerza normativa de la Constitución constituye el presupuesto de la democracia. La divergencia entre la validez normativa y la eficacia distorsiona y pone en riesgo la estructura democrática. Así, comparto la idea de Gilmar Ferreira Mendes, en tanto define que el momento actual es crítico para las democracias occidentales. Están abiertamente desafiadas por las hordas de un autoritarismo peligrosamente empeñado en estrategias de desinformación que radicalizan el discurso político y convierten al adversario en un enemigo a eliminar. Deforman el debate público, destruyen las posibilidades de diálogo. Todo esto genera un escenario hostil, que pone en jaque el proyecto del constitucionalismo moderno (órdenes políticos basados en la libertad, la igualdad y la fraternidad) (Ferreira Mendes, 2004).

Por todo ello, el texto constituyente del Estado requerirá, además de su válida existencia, de un grado de eficacia para garantizar la imperatividad de su fuerza normativa para defender la democracia. Nuevamente, la preocupación sobre la creación de la norma y la efectiva regulación de la realidad. Éste es el problema capital del Derecho constitucional, cuya solución se debe perseguir sin pausas y sin declinación ni abdicación sobre la normatividad de la Constitución, en correlación racional con las escenas cotidianas del presente.

Por último, aunque no haga falta escribirlo: la necesidad no crea ni justifica al Derecho de la Constitución, la suma regla del orden. No hay necesidad suprema que pueda elevarse o equiparar a la Ley fundamental. Nada posee ni debe poseer mayor jerarquía que ella como Ley Altísima. Sin impronta litúrgica: siempre sería preferible no escuchar la misa a celebrarla en los lugares donde no debe celebrársela (Graciano, Decretum). La Escritura fundamental es la única, exclusiva, excluyente e inviolable “ley suprema” para todas las autorizaciones jurídicas en el Estado constitucional. Toda habilitación que los poderes constituidos intenten en transgresión manifiesta de la normatividad de la Constitución democrática será insanablemente nula y viciada de nulidad absoluta.

Referencias bibliográficas

- ALBERDI, Juan Bautista (1856). *Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina: Organización política y económica de la Confederación Argentina*, Besanzón, Imprenta de José Jacquin.
- BIANCHI, Alberto (2024). “Casos ‘fáciles’ y casos ‘difíciles’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU. A propósito del DNU 70/2023”, *La Ley*, Año LXXXVIII N° 4. Buenos Aires: Editorial Thompson Reuters. Fecha 13/3/2024, segunda edición.
- BIDART CAMPOS, Germán (2004). *La Constitución que dura. 1853-2003 1994-2004*, Buenos Aires: Ediar.
- BIDART CAMPOS, Germán (1995). *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires: Ediar.
- BOVERO, Michelangelo (2015). “Autocrazia elettiva”, *Costituzionalismo.it*, 2. Disponible en:

https://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201502_529.pdf

- CLÉRICO, Laura (2024). “El DNU 70/2023 es inconstitucional, nulo y de nulidad absoluta e insanable”, en ICONS, CAPÍTULO ARGENTINO DE LA INTERNATIONAL SOCIETY OF PUBLIC LAW Argentina. Disponible en: <https://iconsar.github.io/blog/dnus/>
- FERREIRA MENDES, Gilmar (2024). La fuerza normativa de la Constitución y la sociedad abierta”, Conferencia magna, 20/3/2024, dictada en IDP-Universidad de Buenos Aires.
- FERREYRA, Gustavo Raúl (2022). *Bosquejo sobre la Constitución*, Buenos Aires: Ediar.
- HÄBERLE, Peter (2003). *El Estado constitucional*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HÄBERLE, Peter (2021). *Sobre el principio de la paz: La cultura de la paz. El tópico de la teoría constitucional universal*. México: Ediar e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- HESSE, Konrad (1992). *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid: CEPC.
- HESSE, Konrad (1996). Constitución y Derecho constitucional. En AA. VV., *Manual de Derecho Constitucional*, CEPC.
- HOBBS, Thomas (2011). *Leviatán: O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- KANT, Immanuel (2008). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- KELSEN, Hans (1991). *Teoría pura del Derecho*. México D. F.: Porrúa.
- KELSEN, Hans (1993). *Teoría pura del Derecho*, 2ª ed.. México D. F.: Porrúa.
- MERKL, Adolf (2004). “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2, 235-259.
- RADBRUCH, Gustav (1944). *Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- VON HUMBOLDT, Wilhelm (1983). “Ideas sobre el régimen constitucional del Estado sugeridas por la nueva Constitución francesa”. En VON HUMBOLDT, Wilhelm, *Escritos políticos*, México: Fondo de Cultura Económica.
- VON HUMBOLDT, Wilhelm (1988). *On Language: The Diversity of Human Language-Structure and its Influence on the Mental Development of Mankind*. Cambridge: Cambridge University Press.
- VON MISES, Ludwig (1979). *La mentalidad anticapitalista*. Buenos Aires: Fundación Bolsa de Comercio de Buenos Aires.
- VON WRIGHT, George H. (1997). “Ser y deber ser”. En AARNIO, Aulis; GRAZÓN VALDÉZ, Ernesto y UUSITALO, Jyrki (Comps). *A La normatividad del Derecho*, Barcelona: Gedisa.

Normativa

Constitución de la Nación Argentina

Decreto de Necesidad y Urgencia 70 del 20/12/2023

Decreto de Necesidad y Urgencia 274 del 22/3/2024

Jurisprudencia

CONSUMIDORES ARGENTINOS, *Fallos*: 333:633, 19/5/2010 (Corte Suprema de Justicia de la Nación)

“Nuevas categorías de representación de intereses colectivos en materia de salud laboral y pública. Un estudio de caso por el hallazgo de asbesto en el transporte subterráneo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Tesis de Doctorado en Derecho del Trabajo. Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

 **Jorge Rubén Afarian**

Universidad de Buenos Aires (UBA)
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)
jafarian@derecho.uba.ar

Fecha de recepción: 02/04/2024
Fecha de aceptación: 20/04/2024



I. Introducción

La tesis doctoral de la que soy autor y que aquí comentaré brevemente, está enmarcada en una extensa investigación sobre los diálogos entre el conflicto colectivo de trabajo, el activismo judicial y las categorías normativas de representación de intereses laborales y públicos. Esta tesis se concentró en la construcción del reclamo judicial por la contaminación de asbesto en el transporte subterráneo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Recurrí al análisis de las experiencias históricas de los trabajadores y trabajadoras del subterráneo a lo largo de los últimos 30 años, para luego realizar un recorrido de los marcos regulatorios en materia de derecho individual y colectivo del trabajo en Argentina. Luego, estudié en detalle la construcción de la demanda de

amparo colectivo ambiental con acción de clase presentado por la Asociación Gremial de Trabajadores del Subterráneo y Premetro (AGTSyP), junto con las múltiples imbricaciones entre saberes expertos, sindicales y obreros en su construcción, que contribuyen a sistematizar y plantear elementos novedosos en términos de representación de intereses colectivos en el campo jurídico. Esta relación entre prácticas sindicales y saberes específicos fue útil para problematizar las clases de representación actuales y plantear nuevas categorías de análisis, actualmente no consideradas en la normativa y poco discutidas por la academia jurídica.

En mi investigación he asumido como punto de partida que la circulación de saberes y sentidos del derecho y de la práctica jurídica en el marco sindical, junto con el diálogo con expertos y expertas en la construcción del caso judicial, constituyen una experiencia novedosa en la creación de derecho en temáticas de salud y medioambiente y en la visibilización de nuevos intereses colectivos. Concretamente, me interesó detenerme en la intersección entre estos saberes y la construcción de nuevas representaciones ampliadas, como la salud pública, por parte de los actores sociales sindicales.

Mediante el concepto de “interés colectivo” en materia de representación sindical, he planteado un horizonte más vasto en términos representativos, que no sólo incluye las condiciones y ambiente de trabajo, sino al medioambiente como problema público, del que el sindicato se erige como un interlocutor calificado. Los hallazgos de mi tesis doctoral podrán ser de gran utilidad tanto para viabilizar desarrollos teóricos como para el diseño y planteo de futuros reclamos, especialmente en temáticas de salud y medioambiente.

II. Conceptos teóricos centrales y metodología empleada

II.1. La teoría

Esta tesis se sirvió, en primer lugar, del marco teórico ofrecido por la doctrina laboralista, en lo que refiere al concepto de “interés colectivo”. En términos normativos, el denominado “interés colectivo” se constituye en un componente esencial de la representatividad sindical, que define la capacidad jurídica de acción y reclamo colectivos. Se trata de un concepto socio-jurídico desarrollado a nivel nacional e internacional, y alude a las distintas formas de identificación laboral que tienen los/las trabajadores/as y que los/las llevan a crear asociaciones sindicales para representar las demandas comunes del grupo. En términos representativos, los/las trabajadores/as construyen su interés colectivo particular, luego se establecen como categoría susceptible de reclamar y exigir mejores derechos laborales, y sólo después ejercen la libertad sindical.

La primera definición formal de interés colectivo en el ámbito laboral fue la de Francesco Santoro-Passarelli ([1952] 1987: 29), quien lo definió como:

“(...) el interés de una pluralidad de personas hacia un bien apto para satisfacer una necesidad común. No es la suma de intereses individuales, sino su combinación, y es indivisible, en el sentido de que viene satisfecho no ya por varios bienes aptos para satisfacer necesidades individuales, sino por un único bien apto para satisfacer la necesidad de la colectividad. El interés colectivo que no sea un interés general de toda la colectividad organizada, aun siendo un interés distinto del interés individual, es de por sí un interés privado; no es todavía un interés público”.

El concepto del doctrinario italiano es muy rico, porque ya en aquél momento se refería a las necesidades de la “colectividad”. La intención de “interés público” como una instancia superadora del interés colectivo (de acuerdo con sus palabras, el interés tal y como es definido, no es “todavía” un interés de índole público) nos aporta un indicio para repensar las categorías, que actualmente se ciñen sólo a las cuestiones laborales. A lo largo de la tesis, analizo cómo el interés colectivo puede ser repensado como un término más amplio que el estrictamente laboral.

En este punto, a partir del estudio de caso del transporte subterráneo analizo el pasaje entre un interés colectivo diferenciado hacia dentro de los mismos

trabajadores y trabajadoras, para luego adoptar un interés colectivo propio de la actividad de transporte. Por último, y a raíz de la experiencia de la contaminación por el asbesto, el sindicato asume un interés público, para así intervenir en la salud en el trabajo y en la salud pública de pasajeros y pasajeras del transporte.

En segundo lugar, la presente investigación indaga en la denominada “sociología de la expertise”. En esta tesis, dicho marco teórico analiza la participación de expertos/as y trabajadores/as en el planteamiento de demandas por salud laboral y pública. Las intersecciones de saberes coadyuvan al planteamiento del conflicto como de salud pública y medioambiente. Es por ello que, además del marco ofrecido por la doctrina jurídica laboral, esta investigación se valió de herramientas teóricas brindadas por la sociología y la antropología. Desde un abordaje sociocultural, diferentes autores y autoras han reflexionado sobre las condiciones de producción y de transmisión de las ideas jurídicas, buscando dar cuenta de los distintos usos, matices e interpretaciones que adquieren las ideas según el contexto social, cultural, económico, político y científico del que participan los actores que las producen, reciben, interpretan y se apropian de ellas.

Aquí son particularmente relevantes las conceptualizaciones y el rol de los/as expertos/as en reclamos sociales, en tanto constituyen un saber comprometido y complementario de los conocimientos de las prácticas obreras y sindicales. Asimismo, motorizan las demandas y reclamos en diferentes instancias que lo requieren (medicina, geología, ingeniería, química, abogacía, psicología, seguridad e higiene, investigadores/as en sociología, antropología, ciencias políticas, derecho, entre muchos otros). Se destaca la utilización de los saberes expertos y obreros, de un modo en el que ambos se complementan, tanto para la construcción del conflicto como de las demandas jurídicas.

A su vez, numerosas investigaciones teóricas y empíricas de exponentes de la “medicina social latinoamericana” dieron cuenta de las particularidades del tema en estudio. Desde diversas perspectivas, esta corriente señala la estrecha relación entre

trabajo, salud y medioambiente, especialmente a partir de la lucha sindical como articuladora de las demandas por mejoras en las condiciones de trabajo, en diálogo con expertos/as e investigadores/as. Las conceptualizaciones aportadas por la medicina social latinoamericana han desarrollado perspectivas situadas respecto del rol de los actores sociales en materia de condiciones y medioambiente, más allá de la patrimonialización del daño.

II.2. La metodología

La estrategia metodológica utilizada en esta investigación se nutre de tradiciones que permitieron dar cuenta de la problemática propuesta y las preguntas planteadas a través de un modelo de propuesta flexible. Por un lado, el análisis jurídico a partir del estudio del caso del subterráneo y, por el otro, el análisis cualitativo del amparo ambiental y sus derivaciones. Estas tradiciones coinciden en proponer la realización de un proceso simultáneo de producción de datos empíricos y de análisis, a través de un contacto directo con el campo de investigación. La investigación cualitativa se apoya en el contexto, buscando captar el significado que los actores otorgan a los fenómenos. A su vez, se centra en la comprensión del entorno, en el significado de la palabra y de la acción.

El acceso al campo estuvo garantizado a partir de los contactos construidos con actores clave. Recurrí al estudio de caso único, con el objeto de profundizar el abordaje y las características propias de las condiciones del trabajo subterráneo. A través del estudio de caso generé teorizaciones respecto de las percepciones, evaluaciones y representaciones del colectivo estudiado.

Para la revisión de las categorías jurídicas procedí a un análisis de la construcción dogmática de los conceptos de representatividad y representación de intereses en la normativa y doctrina laborales, en discusión con los datos recabados en el campo, y a partir de una metodología socio-jurídica y cualitativa. Se

construyeron categorías analíticas de los temas principales planteados por la asociación gremial recurriendo a los procedimientos cualitativos de la “Grounded Theory”, es decir, a través de la teoría basada en los datos empíricos. Luego, se identificaron los temas disciplinarios incluidos en el amparo, siempre en diálogo jurídico.

Además de ello, se recurrió al análisis y la categorización a través de entrevistas en profundidad a representantes del sindicato AGTSyP y a los trabajadores involucrados en el caso sobre salud y medioambiente. Se realizaron 30 entrevistas semi-estructuradas, complementadas con conversaciones informales. Además, he aportado las notas de campo sobre sucesos importantes de los años 2018-2019, momento en el que se visibilizó una mayor conflictividad colectiva, al mismo tiempo que se produjo la construcción de diversas demandas para denunciar la contaminación ambiental.

Por último, recurrí al acervo documental online del sindicato, donde recabé información, noticias y declaraciones sobre el conflicto del asbesto. Los insumos se complementaron con fotografías y grabaciones de marchas, conferencias de prensa y jornadas de difusión de la problemática del asbesto. A partir del caso de estudio, reconstruí los problemas de representación no reconocidos por el marco jurídico laboral vigente en materia de salud pública. Por último ofrecí algunas conceptualizaciones clave para repensar los rasgos que debería tener una categoría superadora de “interés colectivo” en el ámbito de la dogmática jurídica laboral.

III. Principales conclusiones

Esta tesis ha generado numerosas conclusiones, pero me interesa destacar solo algunas. En primer lugar, la representatividad sindical puede observarse tanto en el derecho, a partir de los resortes jurídicos y el reconocimiento de la personería gremial, pero también en las acciones llevadas a cabo por el gremio del subterráneo,

que problematiza la noción de la personería gremial como representación del interés colectivo y, en su lugar, el planteo del conflicto como representación de ese interés en los hechos.

En segundo lugar, en la construcción del reclamo colectivo confluyeron numerosos saberes obrero-sindicales y expertos (abogados, médicos/as, ingenieros, químicos, geólogas, psicólogas sociales, licenciados en higiene y seguridad) que contribuyeron a su fundamentación y al planteamiento del problema del asbesto como de salud laboral, salud pública y medioambiente. Sumado a ello, los conocimientos expertos son complementarios del activismo sindical de los y las trabajadoras, que en el conflicto se observaron en el acompañamiento e información técnica, en la construcción y fundamentación del reclamo sobre salud pública. El conocimiento sindical es considerado neurálgico en la construcción del reclamo jurídico y en la representación de intereses colectivos y públicos, tanto por los mismos/as trabajadores/as como del lado de los expertos y expertas.

En tercer lugar, el interés colectivo es un concepto dinámico, y que por esa misma razón es necesario visualizarlo en los hechos. Por eso es (y debe ser) cambiante y adaptable a las modificaciones del trabajo, de los colectivos de trabajadores/as que actúan en el mundo del trabajo y el impacto que éste posee (y lo que él produce) en las vidas de las personas. Este concepto puede ser utilizado para incluir otras maneras de participación y representación en materia sindical.

La categoría de interés colectivo no solo implica un modo de reconocimiento “hacia dentro” por parte de los trabajadores y trabajadoras, en la inteligencia de representación de problemáticas propias de la relación de trabajo, sino que también conlleva un reconocimiento “hacia fuera”, por las implicancias que el trabajo posee en las vidas de las personas, en su salud y en el medioambiente, de considerar también los efectos del trabajo en los demás. Los conceptos que esta tesis invitó a repensar constituyen concepciones que se encuentran en el basamento mismo del rol de los sindicatos en la sociedad y en la normativa laboral. El interés de los sindicatos fue

complejizándose a lo largo de las últimas décadas, para en la actualidad contar con mayores zonas de influencia en un mundo marcado por las consecuencias del trabajo y el impacto que este posee en la salud y el medioambiente.

Referencias bibliográficas

SANTORO-PASSARELLI, Francesco [1952] (1987), *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Napoli: Editorial Eugenio Jovene.

“Concepciones sobre el derecho a la educación de las/os profesoras/es de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires”. Tesis de Maestría en Docencia Universitaria. Rectorado de la Universidad de Buenos Aires.

 **Samanta Delas**

Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica
Universidad de Buenos Aires (UBA)
samantadelas@derecho.uba.ar

Fecha de recepción: 30/04/2024
Fecha de aceptación: 02/05/2024



“La indagación de los márgenes, de lo que no está, de la ausencia, puede ser tan importante como la indagación de aquello que siempre juzgamos presente”
(Kunz y Cardinaux, 2017, p.121).

El derecho a la educación es un derecho humano fundamental que ha sido consagrado en varios instrumentos¹ de derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina. Este derecho atraviesa a los sujetos de la relación de enseñanza ya sean estudiantes, como sujetos titulares del derecho a la educación, o docentes, como garantes del cumplimiento de aquel derecho. En ese sentido, es posible pensar que el derecho a la educación está presente en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; sin embargo, los hallazgos de esta tesis presentan un diagnóstico que muestra inequidades, incumplimientos y obstáculos en la realización de este derecho.

¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención sobre los derechos del niño.

El trabajo de investigación, de tipo exploratorio- descriptivo, analiza las concepciones sobre el derecho a la educación de las/os docentes de las asignaturas de Derecho Público a partir de la indagación de los programas de dichas asignaturas y de las prácticas de las/os docentes a fin de vislumbrar los alcances y limitaciones que le asignan al derecho en estudio.

El objetivo principal de la tesis es analizar las concepciones sobre el derecho a la educación de profesoras/es adjuntas/os de los departamentos de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires². Para lograrlo, se ha explorado la inclusión del contenido derecho a la educación en la currícula de la carrera de Abogacía y se indagaron las prácticas de las/os docentes de Derecho Público tendientes a favorecer el goce de este derecho. Finalmente se reconstruyeron los alcances y limitaciones que le asignan al derecho a la educación los/as profesoras/es entrevistadas/os.

En cuanto a la metodología empleada en la investigación, las principales técnicas de recolección de datos son el análisis de documentos y la entrevista semi-estructurada. La tesis presenta un tipo de muestra probabilística para cuya delimitación se ha empleado una técnica estratificada (Kunz y Cardinaux, 2017), a través de la que se ha dividido el universo en estratos homogéneos, en este caso, el universo conformado por las/os docentes adjuntas/os de las cátedras de los departamentos de Derecho Público I y II, se ha estratificado por asignaturas.

En función de los objetivos planteados, dos categorías clave para el análisis de las entrevistas recorren esta investigación. En primer lugar, las concepciones docentes (Fernández March, Maiques March y Abalós Galcerá, 2012) integradas por componentes disciplinares, biográficos e institucionales. Luego, la categoría posición docente, (Southwell y Vassiliades, 2013) que permite articular los discursos de las/os entrevistadas/os con sus prácticas docentes.

² La elección de las asignaturas que conforman la unidad de análisis de esta tesis se justifica por la afinidad de dichas asignaturas con el objeto de estudio. Es decir, entre los contenidos mínimos del marco del plan de estudio de la carrera de Abogacía, las asignaturas que identificamos como afines, explicitan contenidos que se asocian con el derecho a la educación. Por otro lado, si bien la formulación de los programas corresponde a las/los profesoras/es titulares, quienes están a cargo de las comisiones que componen cada cátedra son profesoras/es adjuntos/as y tienen la capacidad de introducir un derecho en sus planificaciones.

Por otro lado, la tesis presenta un enfoque normativo y conceptual sobre el derecho a la educación. A partir de la sistematización de la normativa nacional e internacional y la recopilación de distintas concepciones sobre el derecho a la educación, la tesis identifica y propone una clasificación de las concepciones sobre el derecho en estudio en tres grandes grupos: concepciones posicionales, experienciales y axiales. Esta clasificación, junto con las categorías clave mencionadas, se han utilizado para analizar las entrevistas.

Los hallazgos respecto al plan de estudios de la carrera de Abogacía muestran una tendencia a la especialización, destacándose el peso de las asignaturas específicas sobre las generales y, respecto de estas últimas, se identifica el predominio de un nicho de conocimiento en particular asociado a un perfil litigante de abogados/as. Por otro lado, se menciona la especialización en posgrado como alternativa para completar la formación de grado. Luego, se plantea la escasa integración curricular que favorece una desavenencia dentro de una misma área de conocimiento atento que no existen acuerdos respecto de cuál es la asignatura adecuada para incluir el derecho a la educación. Por otro lado, algunos docentes plantean, como obstáculo para la enseñanza de este derecho, la escasa discusión o problematización respecto del derecho a la educación. Al respecto, en varias respuestas se explicita que no es necesario plantear una discusión en torno al derecho a la educación porque se concibe sobreentendida ya que la educación está cien por ciento garantizada, sobre todo para quienes acceden al nivel superior.

En cuanto al análisis de los programas de las asignaturas, hallamos la inserción del contenido “derecho a la educación” en un solo programa (sobre dieciséis) correspondiente a la asignatura Derechos Humanos y Garantías, cuya docente adjunta es la única con formación docente de grado. Luego, en otros programas identificamos abordajes socio- políticos sobre derecho a la educación y, por último, algunos/as docentes entrevistados/as mencionan que presentan el derecho a la educación en relación a otros derechos del programa sin un espacio específico como contenido de enseñanza.

Otros hallazgos se relacionan con las concepciones docentes sobre el derecho en estudio. En este sentido, identificamos que las distintas concepciones sobre el derecho a

la educación relevadas en la bibliografía se vislumbran en las respuestas de los/as docentes entrevistados/as. En primer lugar, algunas/os docentes identifican el derecho a la educación como derecho individual, valoran el esfuerzo personal y mencionan a la educación como un bien o herramienta que posibilita el ascenso social. En otras respuestas, se identifica al derecho a la educación como servicio público. En ese sentido, se destaca la obligación del Estado en términos prestacionales y se indica a los docentes como garantes de la prestación. Luego, un grupo de docentes describe al derecho a la educación como derecho fundamental apoyándose en las categorías de acceso a la educación y dignidad humana. Por último, en pocas respuestas aparece el derecho a la educación como un derecho complejo que abarca distintos aspectos de la vida de las personas y supera la mera relación con el conocimiento.

Finalmente, los hallazgos en función de las prácticas de las/os docentes para garantizar el derecho a la educación se plantean con distinto grado de involucramiento. En ese sentido, algunas/os docentes indicaron que suministran el material de estudio y administran de forma organizada el curso. Otras/os docentes explican la importancia de desandar formalidades y generar vínculos con los/las estudiantes a partir de su integración al curso, la individualización de cada uno/a de ellos/as y de sostener vías de comunicación fluida. En tercer lugar, se plantea la centralidad de las propuestas pedagógico- didácticas en las que las/os estudiantes tienen un rol protagónico en la construcción de conocimiento en la situación de enseñanza. Por último, identificamos en las respuestas de un grupo de entrevistadas/os a la evaluación de los aprendizajes como variable de ajuste.

A modo de conclusión, en esta investigación se muestra que el plan de estudios de la carrera de Abogacía revela desavenencias curriculares debido a la existencia de discontinuidades y fragmentación curricular. Además, se identifica que el derecho a la educación no se considera un contenido de enseñanza en la formación de abogados/as por su escasa judicialización. Por último, respecto de las acciones docentes, se identifican cuatro acciones principales que se desarrollan de forma aislada.

Si bien no es posible generalizar los resultados de esta tesis, en ella se muestran áreas de vacancia en torno a la enseñanza y el goce del derecho a la educación; en ese

sentido este trabajo es una herramienta valiosa para revisar de forma reflexiva las decisiones pedagógicas y las prácticas docentes en el ámbito jurídico.

Referencias bibliográficas

- FERNÁNDEZ MARCH, Amparo; MAIQUES MARCH, José María y ABALÓS GÁLGERA, Ana (2012). Las buenas prácticas docentes de los profesores universitarios: estudio de casos. Monográfico: Buenas prácticas docente en la enseñanza universitaria. *REDU*, 10 (1), 43-66.
- KUNZ, Ana y CARDINAUX, Nancy (2017). *Investigar en Derecho*. Eudeba.
- SOUTHWELL, Myriam y VASSILIADES, Alejandro (2013). El concepto de posición docente: notas conceptuales y metodológicas. *Educación, Lenguaje y Sociedad*, 11 (11), pp. 1-25.

Pilar Arcidiácono y Gustavo Gamallo (comps.) (2023). *La otra ventanilla. Judicialización de conflictos sociales en Argentina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba Universidad de Buenos Aires. ISBN: 978-950-23-3332-8, 366 páginas¹

 **M. Yasmin Aguirre**

Instituto de Cultura Jurídica.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)
aguirrempl@gmail.com

Fecha de recepción: 16/03/2024
Fecha de aceptación: 20/04/2024



El análisis de la intervención del Poder Judicial y su relación con disputas sociales ha adquirido un notable interés dentro de las ciencias sociales en las últimas décadas en Argentina, particularmente desde miradas interdisciplinarias. Esta obra se inscribe dentro de las corrientes de estudio que abordan los procesos de judicialización sobre demandas políticas, sociales y económicas que atraviesan a nuestra sociedad. Concretamente, se analizan diferentes problemáticas sociales como expresiones de desigualdad estructural como, por ejemplo: la falta de acceso a vivienda digna y hábitat, la contaminación ambiental, la informalidad laboral, los casos de violencia por razones de género, entre otros.

Estos estudios han contribuido a la generación de numerosas líneas de investigación que han capturado y reconstruido este fenómeno social -complejo y estructural- cuya participación la despliega una de las agencias del Estado que menos atención recibió desde las ciencias sociales. A lo largo de este libro, se recupera esta observación y se propone explorar los distintos conflictos sociales que este espacio del

¹Agradezco la lectura y observación realizadas a la reseña por la becaria investigadora Camila Wanda Landeyro.

Estado resuelve de forma habitual: que van desde planteos judiciales de carácter individual, hasta colectivos o complejos sobre diversas vulneraciones de derechos civiles, políticos y sociales. Por consiguiente, esta línea de estudio propone abandonar la consideración de la sentencia como *cierre del conflicto* y propone reconstruir las porosidades y márgenes que rodean a la judicialización. Estas particularidades toman en cuenta las disputas interpretativas que convergen en el contenido de los fallos, la mirada de los diversos emisores del derecho y litigantes involucrados y el desenvolvimiento de esta institución en su vínculo con la sociedad.

Entre los estudios y debates que plantea el libro, en el capítulo 1 -escrito por los compiladores Pilar Arcidiácono y Gustavo Gamallo-, se parte de una introducción y descripción de los diferentes estudios realizados hasta el momento sobre la judicialización en el país. Allí, los lectores podrán encontrarse con una primera caja de herramientas teóricas para abordar al poder judicial desde los lentes de las ciencias sociales.

Luego, Luciano Nosetto en el capítulo 2, nos presenta una serie de coordinadas analíticas que provienen de la ciencia política y de los *estudios del poder foucaultianos* para mirar esta institución en relación con las disputas, los contextos sociales y políticos en que opera. Allí propone una línea de trabajo interesante que invita a tomar distancia del binarismo clásico de “la justicia” y “la política”, para poder ampliar el conocimiento sobre relaciones de poder entre actores, sus prácticas y estrategias.

En los siguientes cuatro capítulos se ofrecen distintas miradas sobre un mismo estudio de caso: la mega causa judicial resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2008: el fallo “Mendoza”. De este modo, en el capítulo 3, escriben Gabriela Merlinsky, Patrice Melé y Andrés Scharager, quienes ofrecen una mirada desde una perspectiva territorial, jurídica y espacial de este conflicto socioambiental. Allí analizan la nueva institucionalidad que emergió en la intermediación de magistrades, la acción pública de saneamiento y el vínculo con los habitantes de la ribera del río. Luego, en el capítulo 4, Leticia Barrera retoma los enfoques sobre las prácticas, lugares y temporalidades para reflexionar sobre este conflicto socioambiental, proponiendo el uso de categorías socio jurídicas para indagar en los roles, posicionamientos y quehaceres de los actores intervinientes en el caso. En el capítulo 5, Laura Pautassi y Laura Royo

recuperan el modo en que las políticas públicas y el enfoque de derechos humanos impactan en el escenario judicial. Allí, analizan la importancia de la vinculación de las agencias judiciales con distintos documentos producidos por fuera de estas, a fin de garantizar un control y medición del cumplimiento de las resoluciones judiciales. Por último, en el capítulo 6 María Cristina Cravino y Carla Fainstein, ponen la mirada en las representaciones sociales de los justiciables en su vínculo cotidiano con los diferentes agentes judiciales. Este capítulo se basa en un extenso trabajo de campo con organizaciones sociales, políticas y vecines de la ribera del río, donde mayor atención, intervención y control territorial punitivo han tenido en los últimos años.

Luego, en los siguientes tres capítulos se analizan distintas aristas de la judicialización que acontecen el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA) y la construcción de un estado de situación. En el capítulo 7 Gabriela Delamata, analiza la judicialización de la vivienda y del hábitat desde las problemáticas socio-urbanas en villas y asentamientos precarios de la CABA. Allí profundiza en los efectos y el impacto de la respuesta judicial en los repertorios de la movilización legal y en las políticas públicas. Luego, en el capítulo 8, los compiladores del libro abordan la problemática de la judicialización de una política pública habitacional específica: la política de subsidios a la emergencia habitacional desplegada por el gobierno de la CABA. Esta investigación surge de un trabajo que viene desarrollándose desde hace más de una década. De este modo, en este capítulo, los autores exponen los resultados y sus balances en contrapunto con los relevamientos originarios. Por último, en el capítulo 9, Lorena Poblete aborda la problemática de la informalidad laboral de las trabajadoras domésticas en la CABA, desde la lucha en pos del reconocimiento de estos derechos en la arena judicial como parte de una estrategia de disputa política y simbólica de estas actoras.

Luego, con relación a la problemática de la violencia por razones de género y su abordaje judicial, el capítulo 10 de Catalina Smulovitz se encarga de presentar mediciones y evaluaciones sobre cómo se protegen los derechos en el ámbito judicial, enfocando en los derechos de las personas en situación de violencia por razones de género a partir de la mirada de las normativas, presupuestos y agencias judiciales de defensa pública. En esta línea, el capítulo 11 de Cecilia Abdo Ferez, teniendo presente un

estudio de caso sobre tres femicidios acontecidos en la Provincia de Buenos Aires, analiza los cambios y persistencias en las estrategias judiciales y políticas.

El libro cierra con la transcripción del conversatorio virtual realizado por Alcira Daroqui, María Felicitas Elías, Silvia Guemureman y Sofía Tiscornia en el año 2020 sobre “Judicialización y ciencia sociales en Argentina. Intervenciones pioneras y diálogos genealógicos sobre el derecho y el Poder Judicial”. Este estuvo integrado por parte de cuatro investigadoras, quienes venían realizando interesantes líneas de investigación en el campo de estudios del abordaje judicial punitivo en conflictos sociales.

Como reflexión final, esta obra se presenta como un material de referencia y de constante relectura para quienes investigamos la manera en que el Poder judicial aborda los conflictos sociales. Por un lado, nos invita a continuar estas líneas de trabajo en nuevos territorios o en relecturas de los ya analizados, pues la misma contribuye a la generación de investigaciones generales y específicas que permitan capturar algunas dimensiones de este fenómeno estructural y complejo. Por otro lado, esta obra se destaca por su exploración interdisciplinaria hacia dimensiones sociales, políticas, ambientales y económicas que atraviesan y moldean a los casos. En general, estas dimensiones se encuentran obturadas en los estudios de judicialización desde las miradas más tradicionales.

De este modo, esta compilación se caracteriza por presentar una rigurosidad académica que nos permite explorar la combinación de distintos enfoques y técnicas de investigación desde las ciencias sociales². En su conjunto, esta obra presenta una articulación de la utilización de herramientas teóricas y metodológicas más recientes a nivel nacional, las cuales se presentan como una caja de herramientas de utilidad para la academia especializada de referencia a nivel local, nacional y regional.

² Pues, se despliegan tanto abordajes cualitativos y cuantitativos; se trabaja desde la recolección de datos a partir de la articulación de fuentes primarias y secundarias; también, -en algunos trabajos- se realizan estudios diacrónicos y sostenidos en el tiempo que permiten explorar contrapuntos, como otras técnicas interesantes más allá de las meramente jurídicas.

Gruenberg, Chris y Saldivia Menajovsky, Laura (Ed.) (2024).
Entre Policías: violencia institucional y deseo homosocial.
México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Argentina: Universidad Nacional de General Sarmiento. Red Alas.

 **Mariano Fernández Valle**

Universidad de Buenos Aires
mariano.fernandezvalle@gmail.com

Fecha de recepción: 10/05/2024
Fecha de aceptación: 20/05/2024



El libro reseñado retoma una materia que es objeto de numerosos estudios y cuya erradicación hace parte constitutiva del trabajo de organismos de derechos humanos: la violencia por parte de las fuerzas de seguridad. Sin embargo, la obra la analiza desde una perspectiva novedosa, que rara vez se introduce en los abordajes reformistas más clásicos: la “masculinidad hegemónica”. En palabras de los editores: “analiza y evalúa el papel crucial que juega la masculinidad hegemónica en la formación, educación, capacitación y comportamiento laboral de la policía” (p. xiv). Este objetivo se materializa a través de los siguientes artículos.

Comienza con una suerte de estudio preliminar a cargo de Chris Gruenberg, que introduce algunos de los conceptos básicos que luego se revelan en las diferentes contribuciones, entre ellos los de “masculinidad hegemónica” e “interseccionalidad”. El primero de ellos, que va a estructurar toda la compilación, se presenta de modo crítico y a fin de resolver una serie de aparentes paradojas que el propio artículo introduce y que -deliberadamente- no adelantaré aquí. En ese razonamiento, el artículo permite ver como el ejercicio de ciertas formas de masculinidad, y de la especial alianza social que generan en los varones, no sólo tiene manifestaciones policiales violentas respecto de las mujeres o de la población LGBTQ (colectivos cuya centralidad se reitera a lo largo de otros artículos), sino también contra varones jóvenes de sectores populares que incluso comparten algunas notas biográficas similares con sus agresores.

El libro continúa con una traducción del artículo de Ángela Harris, “Género, violencia, raza y justicia penal”, que analiza la conexión entre la violencia y la masculinidad, sin caer en reducciones ni asumir que aquella se despliega sólo

dentro de la dicotomía clásica entre varones y mujeres. Sigue con el texto de Ann McGinley, “Policía y choque de masculinidades”, que hace un repaso de estudios sobre el uso de la fuerza policial en barrios populares, que además complementa con un análisis de género. Concluye que la violencia policial responde a ciertos elementos constitutivos de su propio trabajo, que enfatizan la retórica militar y vertical en su organización; y que sólo podrían ser revertidos con liderazgos y concientización dirigidos a desarticularlos. Por su parte, Janet Chan, Sally Doran y Christina Marel, analizan en su artículo “Hacer y deshacer el género en el trabajo policial”, las distintas maneras en las que se construyen y negocian las relaciones de género *dentro* de las fuerzas de seguridad así como las impresiones de los y las policías al respecto. El artículo recrea algunas discusiones clásicas sobre la existencia o no de patrones discriminatorios en esas estructuras, ancladas en las percepciones y posicionamientos subjetivos de quienes las integran, así como en sus cambios a lo largo del tiempo según la etapa vital de los involucrados, las circunstancias de vida o su jerarquía en el escalafón.

El trabajo de Camila Gripp y Alba Zaluar, analiza la deriva de un programa concreto de seguridad ciudadana llevado a cabo en Río de Janeiro, Brasil, y basado en una fuerza policial de cercanía con la comunidad. Más allá de sus intenciones y resultados, las autoras muestran la forma en la que también allí se fueron replicando relaciones de género estereotipadas al interior de las fuerzas, jerarquías en las funciones y manifestaciones tradicionales de violencia hacia afuera.

Luego, el texto de Joe Couto nos permite conocer -desde un enfoque interseccional y basado en entrevistas abiertas- la experiencia de agentes LGBTQ en el interior de la policía de Canadá, con la expectativa de que esa información permita conformar ambientes laborales más inclusivos para quienes no se ajustan a las normas hegemónicas. Finalmente, el artículo de Cohen estudia el impacto que tiene la segregación sexual y la mirada idealizada de lo que significa ser varón (“masculinidad hegemónica”) tanto hacia el interior del colectivo como en relación con otras identidades de género (“hegemonía de los varones”). Este estudio se realiza tomando como base ilustrativa distintas leyes e instituciones, entre ellas las fuerzas armadas, las de seguridad y los espacios penitenciarios.

Volviendo de las partes hacia el conjunto, *Entre Policías: violencia institucional y deseo homosocial*, es un aporte a la discusión contemporánea sobre las prácticas de las fuerzas de seguridad, en especial a aquellas referidas a la prevención y persecución del delito. En mi opinión, por diferentes razones.

En primer lugar, porque introduce una mirada novedosa y complementaria de estudios existentes. No sé qué tan edificante puede ser la discusión respecto de la “razón última” de la violencia policial, pero tener en cuenta sus diversos factores constitutivos es necesario para revertirla. Así, parte de un vacío concreto, en la

medida en que ofrece una nueva explicación general a un fenómeno que, en cuanto al género atañe, no había sido estudiado mucho más allá de la violencia sobre algunos colectivos discriminados por esa razón (entre los más paradigmáticos, mujeres y colectivos LGBT en prostitución).

En segundo lugar, la obra compila de una manera coherente las contribuciones sobre el tema, que estudian las relaciones de género al interior de las fuerzas de seguridad y en las tareas que realizan. Dentro de esa compilación se incluyen traducciones de textos al español, con el objetivo de ampliar la difusión de este conocimiento y promover diálogos norte-sur sobre la temática. Esa difusión, a su vez, se ve alentada por su gratuidad y accesibilidad, que se agradece especialmente en tiempos de mercantilización del conocimiento.

En tercer término, y aquí quisiera detenerme un poco más, porque la obra presenta un ejercicio que no se agota en lo teórico sino que tiene pretensiones de incidencia práctica. Las contribuciones señalan la importancia de estos diagnósticos y del análisis de las prácticas policiales desde la perspectiva de la “masculinidad hegemónica” a fin de revertirlas a través de políticas públicas especializadas. Esas políticas públicas, como también revelan los artículos seleccionados, no pueden circunscribirse únicamente a incluir grupos discriminados dentro de las instituciones, a protocolizar actuaciones o a realizar capacitaciones, si ello no viene acompañado de medidas que alteren de modo más radical la manera de estructurar y desarrollar la función.

Este último aspecto es de vital importancia en un país como la Argentina, de cara a la existencia de indicaciones de organismos internacionales que llaman a modificar prácticas policiales arbitrarias e ilegales, que toman -según el caso- la forma de perfilamientos, de detenciones, de requisas, de acoso y de violencia institucional, incluso de carácter letal. Sólo por ilustrar el punto, en parte adelantado por Gruenberg, Argentina registra numerosas condenas ante la Corte Interamericana por intervenciones de las fuerzas de seguridad contrarias a los derechos humanos: casos “Bulacio”, “Torres Millacura”, “Fernández Prieto y Tumbeiro”, “Acosta Martínez”, entre otras. En todas ellas se cuestionó la intervención estatal y se ordenó adoptar medidas estructurales de no repetición: reformas a los regímenes procesales que habilitan la intervención policial en espacios públicos, capacitaciones a integrantes de las fuerzas de seguridad, creación de registros estadísticos sobre tareas de prevención.

La mayoría de esas medidas se encuentra insatisfecha a la fecha, lo que -en el vaso medio lleno de ese incumplimiento- permite pensar con seriedad cómo encarar las reformas para captar a cabalidad el alcance del fenómeno a erradicar y no sólo un fragmento de aquél. En ese norte, el libro reseñado nos trae algunas preguntas que no nos hemos hecho suficientemente junto con una serie de respuestas que debemos considerar al fin propuesto.