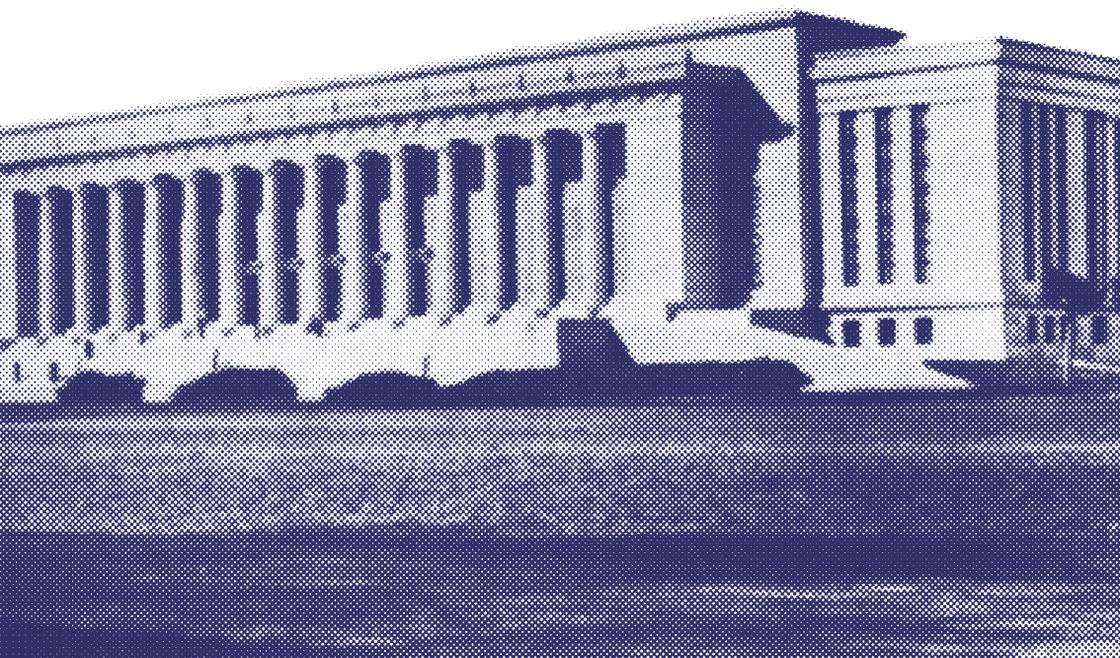


 ICL Digital

# Revista jurídica





# Revista jurídica

Año XXIII Número I

 **ICL**Digital

**Dirección de la revista:**

Julia Ben Ishai

**Coordinación General:**

Fernanda Maciel

**Comité de Redacción:**

Sofía Pozzoli

Julián Besio Moreno

Cristián Perkovic

**Consejo Académico:**

Marisa Herrera

Gustavo Caramelo

Diego Duquelsky

Mario Rejtman Farah

Alejandro Alagia

Adriana Micale

*Los artículos no comprometen  
la opinión de las y los integrantes del Consejo.*

# ¿Quiénes somos?

Somos un grupo de jóvenes abogadas y abogados convencidos de que el mundo del Derecho aún se debe demasiados debates.

Nos interesa pensar al campo de la abogacía desde una mirada crítica, teniendo en cuenta su dimensión social, cultural y política. Vemos urgente sumar miradas que reflexionen sobre el sistema jurídico y la administración de justicia con perspectiva de género, ambiental y de derechos básicos y fundamentales.

Las viejas estructuras que sostienen el status quo del Poder Judicial y de las corporaciones de abogacía se encuentran hoy en una crisis de legitimidad de cara a la sociedad como nunca antes sucedió.

Quienes amamos esta profesión tenemos que asumir nuestro rol de protagonistas, generando discusiones actuales con vistas a un horizonte que entienda al Derecho como una herramienta de transformación.

Por eso, desde este humilde espacio, proponemos barajar y dar de nuevo, sin miedo a ir contra la corriente, fomentando la creatividad desde una mirada latinoamericana y popular del mundo del Derecho y todo lo que lo rodea.

No escapamos al debate de ideas e invitamos a todo aquel que se sienta interpelado a acercarse y sumar su mirada crítica en la búsqueda de un nuevo y mejor paradigma del sistema jurídico en su conjunto.

Hasta que el buen Derecho se haga costumbre, y la Injusticia Contra Legem.

**Será justicia social.**

# ¿Quién nos defiende del Poder Judicial?

Por **Julia Ben Ishai**

directora ICL DIGITAL

Son tiempos desahuciantes para quiénes hemos elegido al mundo del Derecho.

Un juicio a la Corte Suprema en curso, dónde las denuncias son cada vez más escalofrantes, dos provincias con elecciones suspendidas a través de una medida cautelar, una líder popular proscripta en un fallo condenatorio con pruebas de dudosa procedencia, procesos kafkianos en juzgados civiles, comerciales, penales y laborales, cautelares voladoras para importar en contra de las reglas establecidas del Ministerio de Económica y el Banco Central, jueces que viajan a Lago Escondido con representantes de las grandes corporaciones mediáticas y representantes del Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires....

El panorama es desalentador, desesperante y da ganas de prender fuego las fotocopias gastadas de la Facultad. Una pregunta nos recorre ¿Qué y para qué estudiamos? ¿Cómo litigamos, investigamos, impartimos un servicio digno de justicia en estas condiciones?

En los tiempos que corren, la reflexión se vuelve más que una invitación, una obligación. Por eso el ICL DIGITAL posee una centralidad que buscamos impulsar y resignificar con esta publicación.

A medida que avanzan las causas judiciales, se trabajan proyectos de ley o crecen los conflictos en los órganos del Poder Judicial, la presencia mediática de *periodistas judiciales* y un len-

guaje jurídico en las redes y en los medios cobra mayor habitualidad.

Hoy, una importante parte de la población comenta y opina sobre el *fallo de los rugbiers*, los conflictos en el Consejo de la Magistratura, la imposibilidad de Tucumán o San Juan de realizar sus elecciones. El reclamo a abogado/a/es de dar explicaciones en cenas familiares, encuentros con amigo/a/es y lugares de trabajo también crece y con ella la dificultad. ¿Qué explicar cuándo los libros no alcanzan para fallos de laboratorio, escenarios más inverosímiles que los casos prácticos evaluados en las aulas de las Facultades y leyes distópicas que sobrepasan cualquier debate constitucional previo, incluso, a 1994?

Nuestro ordenamiento jurídico no carece de fallas. Leyes desordenadas, áreas de interés pisadas, una *pseudo litispendencia* en la sanción de leyes y áreas de trabajo, reminiscencias a ordenamientos jurídicos del common law y de la República Francesa en simultáneo, importación de institutos jurídicos foráneos.

Sin perjuicio de ello, en la Argentina contamos al menos con 110 carreras de Abogacía o relacionadas con el Derecho en la gran mayoría de las 57 Universidades Nacionales. Asimismo, se calcula que alrededor de 15.000 abogadas y abogados se reciben cada año. La primera Carrera de abogacía data de 1731 en la Universidad de Córdoba. Si contamos las Asociaciones Profesionales, la FACA (Federación argentina de Colegios de Abogados) tiene al menos 100 años. Nuestra producción jurisprudencial, doctrinaria y jurídica en general es observada en numerosos países del mundo y salvo honrosas excepciones constituye la bibliografía obligatoria de todas las materias de las carreras de grado en el país.

¿Por qué entonces, en un país tan prolífero y con juristas del tamaño de Eugenio Raúl Zaffaroni, Carlos Nino, Marisa Herrera permitimos tamañas aberraciones jurídicas como las que estamos viviendo? ¿Qué intereses defienden los Colegios Públicos, las Cátedras ilustradas, los juristas de prestigio que no llaman a organizar una acción de clase ante la inseguridad jurídica que

representan las maniobras claramente corporativistas y peligrosas de la Corte Suprema y algunos sectores tribunalicios?

El actual interés popular por causas relacionadas al mundo del Derecho debiera de ser una buena noticia. Sin embargo, como si hubiésemos viajado en el tiempo, parecemos asistir a un escarnio público de nuestra disciplina en la que desesperadamente visualizamos pero estamos impedidos de accionar. El derecho pasó de disciplina a entretenimiento y la ley pasó de elemento flexible y adaptable desde una mirada *pro homine* a ser una herramienta de flexibilización de los estándares de derechos humanos y garantías constitucionales

Hoy enseñar sobre Debido Proceso Legal y los artículos de la Convención Interamericana se asimila más a la Ciencia Ficción que a la historia de lucha que supo ser.

Por eso, este llamamiento urgente desde este humilde medio, a reflexionar, escribir, denunciar, pensar, visitar esos apuntes que nos supieron dar una mirada amplia y humana del derecho, a recordar aquello que nos enamoró de una profesión con la habilidad de transformar las injusticias y el conflicto en luchas exitosas en pos de la/o/es vulnerables y postergado/a/es.

A esos 15.000 que se reciben cada año. ¿Cuántos de ellos conservan un ahogo ante las injusticias? A ello/a/es buscamos. ¿Cuántas organizaciones de abogado/a/es, grupos de litigio, colegas reunido/a/es en cátedras, equipos de trabajo, sindicatos, gremiales abogadiles hay en los territorios indignados con las maniobras deshonestas de la Corte Suprema, la lentitud de los procedimientos judiciales, la falta de una mirada feminista en las sentencias, la facilidad con la que lOs poderosOs se la llevan siempre?

León Gieco dijo alguna vez *Si un traidor puede más que unos cuántos, que esos cuántos no lo olviden fácilmente.*

Como si hubiese un plazo de prescripción abierta, no queda demasiado tiempo antes de que las posibilidades de regresar a estadios más armónicos entre la Constitución y los actos jurídicos

tribunalicios. Es momento de que esos *cuántos* nos reunamos, nos comprometamos, apelemos a un Pacto Social por un Poder Judicial al servicio de la Constitución y para ello, reclamemos ante los pequeños y grandes actos que tergiversan el por qué de nuestra disciplina, profesión y pasión.

Así cómo el justiciable abogado/a/e tiene la potestad de defenderse a sí mismo, será cuestión de unirnos para defendernos entre nosotros/a/es y por nosotros/a/es.

# Índice general

## Doctrina

I. Cuando la corte no respeta a la corte Besio Moreo, Julián .....	12
II. Hacia una reforma judicial feminista Pozzoli, Sofía .....	17
III. ¡Gracias Olga! Ben Ishai, Julia .....	32
IV. El federalismo y el elemento competencia del Acto Administrativo Quaglia González, Ariel Iván.....	42
V. El derecho que debimos conseguir Paruolo, Federico .....	50
VI. La tarea de interpretar el derecho público Rodríguez Espósito, Tomás .....	64
VII. A 15 años del fallo Mazzeo: un aporte judicial a la construcción de Memoria, Verdad y Justicia Maciel, Fernanda .....	71
VIII. ¿Por qué tan Blanca, Blancaflor? Delgado, Alí .....	74
IX. Los feminismos en alerta: ni un paso atrás Ditieri, Marina .....	78
X. Cuando los jueces no cumplen las reglas: tráfico de influencias y lawfare en los sótanos del Partido Judicial Boní, María Lucrecia .....	83

# Doctrina

# I.

# Cuando la corte no respeta a la corte

Por Julián Besio Moreno\*

\*Abogado. Docente UNDAV y UNPAZ

# Cuando la corte no respeta a la corte

Por Julián Besio Moreno

El 8 de noviembre de 2022, como todos los martes, la CSJN comunicó a la población su acuerdo de sentencias, entre las cuales se destacó la del expediente “Juez, Luis Alfredo y otro c/ Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ amparo ley 16.986”. Este fallo es una continuación del anterior pronunciamiento de la CSJN en la causa “Colegio de Abogados”<sup>1</sup>, enmarcándose en la misma matriz de intereses que el anterior.

Recordemos los hechos: en diciembre de 2021 tres de los cuatro miembros de la actual CSJN (Rosatti, Rosenkrantz y Maqueda) deciden desempolvar un expediente que venía tramitándose desde hacía 15 años, y modificar completamente la composición de uno de los órganos más accidentados y conflictivos que introdujo la reforma constitucional de 1994, el Consejo de la Magistratura. En aquella oportunidad, el triunvirato magisterial no sólo decidió declarar inconstitucional la última ley vigente sobre composición del Consejo, sino que, cual nigromante trasnochado, decidió revivir la ley de 1997. Como diría Gardel, 20 años no es nada. Así, y tras otorgar un lapso brevísimo de tiempo al Poder Legislativo para que intenten sancionar una nueva Ley – imposible dentro de la composición actual del Congreso –, el órgano constitucional encargado de administrar los recursos del Poder Judicial y de designar y remover jueces pasó de una conformación de 13 a 20 miembros, y a estar precedido por el Presidente de la Corte (ahora más) Suprema.

Ahora bien, debido al flamante aumento de integrantes, el “estamento político” de senadores y diputados nacionales debió designar representantes por el bloque minoritario para ocupar las vacantes nuevas. Es así que el bloque oficialista del Senado decide dividir su composición de manera tal de mantener un bloque mayoritario y otro con la primera minoría, designando de esta manera al consejero faltante.

<sup>1</sup> “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN – ley 26.080 – dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento” (2021).

Viveza criolla dirían algunos, uso creativo de las mayorías legislativas dirían otros. Lo cierto es que esta práctica no es novedosa, y tampoco mereció mayores reproches cuando, por ejemplo, el oficialismo de la Legislatura Porteña la utilizó para designar integrantes en los distintos entes descentralizados.<sup>2</sup>

Es así que los actores del fallo en comentario (senadores Juez y Schiavoni), integrantes del ahora segundo bloque minoritario del Senado, impugnan el Decreto Parlamentario DPP N° 33/22, que designa al senador **Doñate como integrante del Consejo de la Magistratura por la primera minoría. Y luego del rechazo tanto en primera como en segunda instancia, la CSJN, nuevamente con el voto de sólo tres de sus cuatro integrantes, hace lugar a la pretensión opositora.**

Quizás lo más llamativo de este nuevo pronunciamiento supremo, más allá de su evidente connotación política, es el notable apartamiento de otro significativo pronunciamiento, hace sólo dos años: el precedente “CFK”.

En aquella oportunidad, la actual Presidenta del Senado interpuso una acción declarativa de certeza a fin de determinar si resultaba constitucionalmente válido implementar las sesiones virtuales en la Cámara Alta, en el marco de la pandemia del COVID. En ese mismo pronunciamiento, la actual composición de la CSJN dijo de forma abundante y profusa que es el cuerpo del Senado quien debía realizar la interpretación de su reglamento, so pena de alterar la división constitucional y republicana de poderes. En efecto, tanto Rosatti como Maqueda dijeron que “la Constitución, al poner en cabeza de cada una de sus Cámaras el dictado de su propio reglamento en el artículo 66, reconoce a cada una de ellas la autonomía necesaria para regular su-propio funcionamiento y por ende regular los mecanismos para facilitar la realización de su función legislativa en estas circunstancias”<sup>3</sup>. Y, para clarificar aún más, agregaron que la CSJN no podía interpretar el reglamento interno del Senado, pues “Cabe considerar además que si esta Corte autorizara lo que se solicita en la demanda, también tendría el poder de no autorizar otras cuestiones internas del propio Senado, invadiendo así la competencia constitucional de otro Poder del Estado”.

<sup>2</sup> Un caso reciente al respecto es del Consejo Asesor del Plan Urbano Ambiental (Copua): <https://www.noticiasurbanas.com.ar/noticias/andrade-es-un-escandalo-vj-dejo-al-fdt-sin-representacion-en-copua/>.

<sup>3</sup> Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza.

Evidentemente, en el fallo reseñado –de sólo dos años de antigüedad- la CSJN fue tajante en afirmar que toda cuestión relativa a la organización del Senado es de interpretación privativa de dicho cuerpo, por expreso mandato constitucional. También aclaró, no obstante, que esta regla tiene dos excepciones. En primer lugar, cuando alguno de los poderes del Estado actúa por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere y, en segundo lugar, cuando esos poderes al ejercer las facultades que la Constitución les asigna de forma exclusiva se “desvía” del modo en que esta autoriza a ponerlas en la práctica. Por fuera de estos dos únicos supuestos, no habría ninguna posibilidad de que el Poder Judicial controle la actividad realizada por el Legislativo, y menos siendo ésta una actividad de organización interna. Palabra del Señor (ministro).

Con esta interpretación tan republicana resulta chocante revisar la nueva sentencia de la causa “Juez”. No sólo los mismos magistrados que firmaron “CFK” se apartan de las consideraciones vertidas dos años antes, sino que eluden justificar acabadamente porqué se apartan del estándar jurisprudencial que cobijaron.

En efecto, para esquivar la evidente incongruencia con su anterior pronunciamiento, los cortesanos intentan correr el foco de la cuestión a decidir. Así, consideran que la problemática del caso no versa sobre la organización interno del Congreso –como a todas luces es la conformación de bloques parlamentarios- sino sobre el procedimiento de integración del Consejo de la Magistratura, órgano ajeno al Parlamento. Por tanto, no estarían controlando una actividad parlamentaria sino propia de la integración del Consejo. Claro está –y esto no lo dice la Corte- que para que el Congreso designe representantes al Consejo, necesariamente hay que remitirse a cómo se conforman los bloques parlamentarios, lo cual es –lógicamente- cuestión de organización interna del Senado.

La distinción que pretende esgrimir la Corte para esquivar el entuerto es tan fina, que deviene completamente inexistente. Es imposible analizar el procedimiento de selección de integrantes de consejeros por parte del Parlamento sin analizar cómo se organiza internamente el mismo. Suponer lo contrario sería similar a que un árbitro de básquet cobre un penal en un partido de fútbol. Y en este caso, que también agarre la pelota y tire al arco.

Asimismo, tan inexplicable es la fundamentación, que incluso genera

importantes dudas interpretativas. Esto se evidencia al momento de considerar si este fallo sería extensible a la composición del Consejo durante el período diciembre 2022 a noviembre 2026, o sólo se limita a la que finaliza en noviembre de 2022. Esto, porque parte del argumento nace de afirmar que los bloques estaban definidos al “momento de la notificación” de la sentencia de 2021, para luego agregar que ello es así en virtud a que “no hubo un nuevo recambio legislativo”<sup>4</sup>. ¿Esto quiere decir que los bloques no pueden cambiar hasta la nueva composición de la Cámara Alta? ¿O la actual división de bloques si resulta admisible para el período del Consejo de la Magistratura que comienza a fines del 2022? ¿Nada de esto es inmiscuirse en la organización interna del Senado? Dudas que se mantendrán en los meses sucesivos, y avizoran nuevos litigios. La judicialización de la política, como regla impartida desde la misma cúpula del Poder Judicial.

La Corte, en esta oportunidad, no respeta a la Corte, y nuevamente genera precedentes que, lejos de permitir consolidar estándares constitucionales precisos y claros, acomoda el ordenamiento jurídico a la interpretación que más se amolda a sus cada vez más claros y precisos intereses.

En este contexto, resulta oportuno recordar las palabras del ex juez de la Corte, Enrique Santiago Petracchi: “Se dice que los jueces no son políticos, pero, ¡cómo no van a ser políticos!, son políticos les guste o no. A lo sumo, les va a pasar lo que al cangrejo, que es crustáceo pero no lo sabe. Sus decisiones, especialmente en la Corte Suprema, son políticas, lo que sucede es que no son solamente políticas, son además jurídicas, se tienen que adecuar a la Constitución”<sup>5</sup>. En este caso los jueces se olvidaron de lo jurídico.

---

4 El considerando 8vo del fallo en comentario enuncia: “Que la fecha de la notificación de la sentencia es el momento que el Congreso debe tener en cuenta para determinar cuál es el bloque de cada cámara que, por ser la segunda minoría, debe proponer el representante correspondiente, toda vez que no ha habido una nueva elección legislativa que haya modificado la composición de la cámara”.

5 [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub\\_lye\\_entrevista\\_petracchi.php](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_entrevista_petracchi.php)

# II.

# Hacia una reforma judicial feminista

Por **Sofía Pozzoli\***

Algunos párrafos de este trabajo fueron presentados en el Trabajo Final de la materia "Género y Derechos Humanos" perteneciente al Ciclo Profesional Orientado de la Facultad de Derecho (UBA).

\* Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Penal (UBA). Feminista. Integrante del Proyecto de Investigación DeCyT "Doctrina Penal Feminista". Ayudante en "Elementos del Derecho Penal". "Género y justicia penal" y "Género y Derechos Humanos" en la Facultad de Derecho (UBA).

# Hacia una reforma judicial feminista

Por Sofía Pozzoli

*“El Estado participa de un pacto de complicidad machista que incluye al femicida, pero también a los agentes judiciales machistas que no creen en la palabra de la víctima, los medios de comunicación que solo nos reconocen como víctimas para su show del horror, los políticos que nos usan de excusa para quitar derechos. No sólo las demandas del 3 de junio siguen sin cumplirse. Peor: el ritmo de los femicidios y travesticidios se aceleró, no tenemos un sólo día que no esté marcado por el duelo. Y también empeoraron nuestras condiciones de vida: nos sustrajeron derechos y múltiples amenazas se ciernen sobre nosotras y sobre todxs”. – Ni una menos. Manifiesto del 3 de junio de 2017.*

## I. Introducción

Entre los meses de enero y junio hubo 152 femicidios a lo largo y ancho del país<sup>1</sup>. Las estadísticas son alarmantes: durante el 2022, 252 mujeres<sup>2</sup> murieron de forma violenta<sup>3</sup>. De esta cifra, 226 fueron víctimas de femicidio directo, teniendo así una víctima cada treinta y nueve horas. Se produjeron 26 femicidios vinculados.

En 2021, la cifra se mantuvo prácticamente igual: fueron 251<sup>4</sup>. En 2020, el número de mujeres asesinadas fue de 320<sup>5</sup>. Es decir, se produjo un femicidio cada 32 horas en un año marcado por el aislamien-

1 Observatorio “Ahora que sí nos ven” <https://ahoraquesinosven.com.ar/reports/152-femicidios-en-2023> (última consulta: 26/07/2023)

2 Se empleará el término “mujer” (y sustantivos y adjetivos en femenino) para hacer referencia a todas aquellas personas que así se perciban.

3 Según la Oficina de la Mujer (OM) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que difundió la actualización del Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFA).

4 <https://www.cij.gov.ar/nota-38847-Registro-Nacional-de-Femicidios--durante-2021-se-produjeron-251-v-ctimas-letales-de-violencia-de-g-nero-en-todo-el-pa-s.html#:~:text=Registro%20Nacional%20de%20Femicidios%3A%20durante,g%C3%A9nero%20en%20todo%20el%20pa%C3%ADs> (última consulta: 26/07/2023).

5 Organización MuMaLá, Informe año 2020.

to social preventivo y obligatorio (ASPO) debido a la pandemia del Covid-19. Si bien, el número más elevado refuerza la realidad de que estos delitos son cometidos en su mayoría en el contexto íntimo, ya sea por parejas, exparejas, convivientes, la evolución de los femicidios se mantuvo estable entre 2017 y 2019, con un descenso del 10,3% desde 2020 a 2022.

Tras los femicidios de Úrsula Bahillo<sup>6</sup> y Guadalupe Curual<sup>7</sup> en 2021, los movimientos feministas y diversas organizaciones políticas comenzaron a cuestionar el rol del Poder Judicial en los casos de violencia contra las mujeres y personas LGBTI+. Así, surgieron preguntas que rondaron principalmente sobre si las fuerzas de seguridad, los/as fiscales/as y los/as jueces/zas receptan y actúan de manera eficiente frente a las denuncias desde los distintos roles que ocupan dentro del proceso judicial. Es así que, en junio de este año, lanzaron la “Campaña Nacional por una Reforma Judicial Feminista”<sup>8</sup>.

Se analizarán los femicidios, travesticidios y transfemicidios por una cuestión práctica. Se incluyen en las estadísticas, además de estos delitos, los femicidios vinculados. Sin embargo, no quedan exentos de estas cuestiones los delitos contra la integridad sexual ni cualquier otro delito que sea de violencia contra las mujeres y personas LGBTI+.

## II. El femicidio en la legislación argentina

El Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) definió al femicidio<sup>9</sup> como “la muerte violenta de mujeres

6 Úrsula Bahillo fue asesinada por Matías Martínez, su expareja y policía de la Provincia de Buenos Aires, en la localidad de Rojas. Úrsula había realizado diversas denuncias contra su victimario, quien seguía siendo miembro de la fuerza de seguridad. Incluso, contaba con una consigna policial (ronda en patrullero cada cierta cantidad de tiempo) porque no conseguían un botón de pánico para otorgarle. El pueblo de la localidad de Rojas reclamó frente a la comisaría pidiendo justicia y fueron reprimidos con balas de gomas.

7 Guadalupe Curual fue asesinada por su expareja, Juan Bautista Quintriqueo, a quien había denunciado varias veces. Ella había expresado en reiteradas oportunidades que tenía miedo porque el victimario ya la había amenazado de muerte. El hecho fue cometido en el centro de Villa Angostura. Intentó suicidarse inmediatamente luego del femicidio y en la clínica en la que estaba internado. Murió días después.

8 <https://www.ambito.com/politica/lanzan-la-campana-nacional-una-reforma-judicial-feminista-n5746516>

9 La expresión femicide fue acuñada por Diana Russell durante la década de 1970 y luego Marcela Lagarde la adoptó para el idioma español. Lo definió como “el acto de matar a una mujer sólo por el hecho de su pertenencia al sexo femenino”. Le confirió a ese concepto un significado político con el propósito de denunciar la falta de respuesta del Estado y el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de garantía, es decir, los deberes de prevenir, investigar y sancionar con debida diligencia. Se lo considera como un crimen de estado y de género.

por razones de género, ya sea tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal, en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”<sup>10</sup>. Incorpora en esta definición a las muertes violentas producidas en el ámbito privado, es decir, las muertes sucedidas por fuera de las relaciones de pareja y de familiaridad cuando se dan en un contexto de desigualdad, discriminación u odio de género<sup>11</sup>. Con los femicidios y otros crímenes de este estilo se perpetúa la subordinación de la mujer y se refuerza la idea de propiedad y posesión sobre su cuerpo y/o la noción de éste como objeto de consumo y desecho<sup>12</sup>. La Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) agrega el travesticidio/transfemicidio y vincula estos contextos con la interseccionalidad<sup>13</sup>. Existen también los femicidios vinculados (se encuentra tipificado en el artículo 80 inciso 12 del Código Penal y pena la conducta de quien matare con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación). El Modelo de protocolo latinoamericano creado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) define diversos contextos donde pueden producirse estos delitos: el íntimo y familiar, el sexual y el grupal.<sup>14</sup>

En Latinoamérica el femicidio se incorporó en las legislaciones a partir del año 2009 y tal como dice Toledo Vázquez se produjo por la “realidad diaria de violencia contra las mujeres” y la “presencia del marco de derechos humanos en la reflexión feminista latinoamericana”. La utilización del derecho penal se relaciona con el rechazo social a este tipo de delitos, que, entre otras cosas, no hace más que reforzar “el estereotipo de la debilidad de las mujeres y su necesidad de protección”<sup>15</sup>.

En el año 2012, la ley 26.791 reformó y/o agregó los incisos 1, 4, 11 y

---

10 Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), Declaración sobre el femicidio, 2008.

11 UFEM, Instrumento para la medición de femicidios, 2017, p.10.

12 UFEM, Instrumento para la medición de femicidios, 2017, p.10.

13 UFEM, Instrumento para la medición de femicidios, 2017, p.13.

14 OACNUDH y ONU Mujeres, Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/femicidio).

15 Toledo Vázquez, Patsilí, Femicidio/Feminicidio, Buenos Aires, Editorial Didot, 2014, p. 274.

12 del artículo 80 del Código Penal de la Nación, que tipifica los agravantes del homicidio simple (artículo 79). El penúltimo inciso agregó la imposición de reclusión o prisión perpetuas “al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género” y se denominó femicidio. Desde la UFEM, se sugiere la utilización de dicho agravante por el impacto simbólico ya que permite demostrar que el caso encuadra en la manifestación más extrema de la violencia estructural que padecen las mujeres.<sup>16</sup> Los sujetos activos solamente pueden ser hombres, mientras que las sujetas pasivas son siempre mujeres.

Argentina ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), que tiene jerarquía constitucional, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer (“Convención de Belem do Pará”). En 2009 el Congreso de la Nación sancionó la ley N° 26.485 (Ley de Protección Integral a las Mujeres). Si bien existía la Oficina de Violencia Doméstica (OVD), creada en 2006 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ya se habían sancionado y ratificado instrumentos tanto internos como internacionales, a partir de la tipificación del femicidio, el Estado creó diversos organismos e instituciones capacitados en la temática de violencia contra la mujer que suplantaron grandes falencias, por ejemplo, la falta de estadísticas de femicidios. En 2013 se estableció la línea 144 como un servicio estatal de apoyo a las víctimas. Desde el Ministerio Público Fiscal, por ejemplo, se creó en 2015 la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) que, continuando los lineamientos establecidos por el Modelo de protocolo latinoamericano mencionado anteriormente, creó, por ejemplo, el “Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)”. En 2019 se sancionó la ley N° 27.499 (Ley Micaela) que estableció que los funcionarios y empleados públicos de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) debían capacitarse de manera obligatoria en género y violencia contra las mujeres. Ese mismo año se creó el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación. Algunas de estas estructuras fueron replicadas en las provincias e incluso se crearon nuevas, como las comisarías de las mujeres (San Juan, Buenos Aires, Córdoba con “Punto Mujer”, entre otras). Recientemente, desde Presidencia de la Nación, se creó el Consejo Federal

<sup>16</sup> UFEM, Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios), 2018, p. 20.

para el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios y se lanzó el proyecto “Territorios y Memoria”, que apunta a mantener activa la memoria de las historias de las víctimas de muertes en contexto de violencia de género a partir de los relatos y recuerdos de sus familiares, amigos/as, vecinos/as y compañeros/as y de las diversas actividades comunitarias que se hayan generado en relación al hecho.

Diversos organismos internacionales celebraron la tipificación y la creación de instituciones y organismos especializados<sup>17</sup>, pero también expresaron su preocupación por el número de femicidios<sup>18</sup>, las deficiencias del sistema de prevención y la falta de apoyo para quienes denuncias a sus agresores.

### III. Estándares internacionales sobre femicidios

Argentina tiene diversas obligaciones internacionales<sup>19</sup> que como tales acarrearán responsabilidad por no garantizar, entre otras cosas, el derecho a la vida, en relación con la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres<sup>20</sup> a través de mecanismos judiciales y legislativos. Están establecidas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer y en sus diversas interpretaciones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el Comité CEDAW, respectivamente. Cada Estado debe evaluar cuál es la forma de comisión del delito en el territorio mediante el estudio de las estadísticas para determinar las políticas criminales y de prevención más adecuadas según las circunstancias y los factores de riesgo<sup>21</sup>.

---

17 Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, 2018, p. 7.

18 Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, 2018, p. 7.

19 Se constituyen con el carácter de obligaciones por el mandato constitucional del artículo 75 inciso 22 y por las decisiones de la Corte IDH y de diversos Comités, en su competencia jurisdiccional y/o consultiva. La CSJN adoptó esta postura firmemente a partir de la reforma constitucional de 1994, a pesar de alguna decisión actual y solitaria que nos lleva a pensar lo contrario.

20 ONU, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, art. 4.

21 Toledo Vázquez, Patsilí, Femicidio/Feminicidio, Buenos Aires, Editorial Didot, 2014, pp. 38-46.

La debida diligencia incluye la obligación de prevenir, investigar, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas por las violaciones sufridas a los derechos humanos<sup>22</sup>, ya sea mediante decisiones que prevengan y eviten las violaciones o la adopción de medidas una vez que ocurrieron. Son obligaciones de medios. El análisis debe ser sin discriminación y con perspectiva de género<sup>23</sup>, entendiendo al femicidio como un crimen sistemático<sup>24</sup>. Es una obligación reforzada<sup>25</sup>, ya que “el camino hacia la justicia para esta población ha sido particularmente accidentado”<sup>26</sup>.

Respecto al deber de prevenir, el Estado debe adoptar medidas o brindar recursos razonables y necesarios para evitar la violencia contra las mujeres. El Estado debe contar con un marco de protección efectivo que otorgue políticas de prevención y prácticas para actuar de manera eficaz frente a las denuncias<sup>27</sup>, ya sea a partir del análisis de estadísticas<sup>28</sup>, la reestructuración de la administración judicial<sup>29</sup>, la legislación apropiada o el otorgamiento de capacitaciones. Las medidas deben analizarse caso a caso, contar con controles para asegurar el cumplimiento real (de la medida y su objetivo) y ser urgentes, acordados e integrales<sup>30</sup>. La Corte IDH tiene identificadas la doctrina del riesgo, de la complicidad y del riesgo creado para determinar la responsabilidad del Estado<sup>31</sup>.

---

22 Corte IDH, Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de junio de 1988, párr. 172.

23 ONU, Informe de la relatora especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, 2013.

24 OACNUDH y ONU Mujeres, Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), p. 37.

25 Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 258-293; MPD, Femicidio y debida diligencia, CABA, 2015, p. 45.

26 Piqué, M. (2017), “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, en Di Corleto, J. (comp.), Género y Justicia Penal, Buenos Aires, Editorial Didot, p. 314.

27 Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 258.

28 MPD, Femicidio y debida diligencia, CABA, 2015, p. 54.

29 MESECVI, Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 2014

30 CIDH, Caso Jessica Lenahan (González) vs. Estados Unidos, informe del 21 de julio de 2011, párr. 163.

31 MPD, Femicidio y debida diligencia, CABA, 2015, p. 59.

Los deberes de investigar y sancionar se relacionan con la persecución y el juzgamiento. Las investigaciones deben darse en un plazo oportuno y razonable y de manera oficiosa, proactiva, exhaustiva, imparcial (sin estereotipos o prejuicios<sup>32</sup> que violen el acceso a la justicia<sup>33</sup> o revictimizaciones) e independiente<sup>34</sup>, donde la recolección y la valoración de la prueba se haya realizado con enfoque de género e interseccional tendiendo a indagar todas las líneas posibles<sup>35</sup> para determinar la verdad (tiene distintos alcances al tratarse de una mujer que sufrió una muerte, un maltrato o una afectación a la libertad en un contexto de violencia de género<sup>36</sup>). Es importante que las primeras fases de la investigación en casos de femicidios sean bien realizadas, ya que son cruciales las autopsias y averiguaciones sobre posible violencia sexual<sup>37</sup>. En los casos de desapariciones de mujeres, las actuaciones de policías y fiscales se deben realizar rápida y oportunamente<sup>38</sup>. El fin de la investigación es proveer justicia para los casos individuales y prevenir una futura repetición de los hechos. Al momento de juzgar, las calificaciones legales deben ser adecuadas (no crímenes pasionales<sup>39</sup>), sin mediar atenuantes o penas más leves que las que corresponden. En caso de que el Estado no persiga al autor de un hecho de violencia contra la mujer o no lo juzgue incurre en responsabilidad por falta de debida diligencia<sup>40</sup>. Se debe lograr la confianza en las instituciones estatales y que se evite suponer una tolerancia y aceptación<sup>41</sup> frente a

32 Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 186.

33 Corte IDH, Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, sentencia del 19 de marzo de 2014, párr. 225.

34 Corte IDH, Caso Fernández Ortega vs. México, sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 191.

35 CIDH, Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007. Corte IDH, Caso Velázquez Paiz y otros vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 2015, párr. 147.

36 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 293.

37 Corte IDH, Caso Velázquez Paiz y otros vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 2015, párr. 147.

38 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 283.

39 ONU, Tercer Informe Temático presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias al Consejo de Derechos Humanos, sobre homicidios de mujeres por razones de género, párr. 106.

40 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 172.

41 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 400; Caso Espinoza González vs. Perú, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párr. 208; Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala,

la violencia de género, sino que se entienda como rechazo<sup>42</sup>.

En los casos de víctimas que también sufrieron violencia sexual, se tiene dicho que “la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo” y “que el poder judicial debe ejercer cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violación basándose únicamente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o de violencia basada en el género en general<sup>43</sup>”.

Para garantizar una vida libre de violencia de género el Estado tiene que cumplir efectivamente sus obligaciones<sup>44</sup>, considerando que también puede ser responsable internacionalmente por los actos cometidos por sus agentes y funcionarios y por la falta de prevención, sanción y erradicación de dichas violencias<sup>45</sup> frente a actos de particulares.

#### **IV. Más allá de estándares y legislaciones: la realidad de las mujeres en el sistema judicial**

##### **A) Las mujeres como víctimas**

La cantidad de delitos de violencia de género que se producen diariamente es alarmante y no parecen decrecer. Antes de la tipificación, por ejemplo, en 2010 y en 2011, se produjeron 275<sup>46</sup> y 311<sup>47</sup> femicidios, respectivamente. En 2012, año en que se agregó el femicidio al Código Penal como agravante del homicidio simple, se produjeron 279 femicidios (directos y vinculados), de los cuales 32 tenían denuncias

---

sentencia del 19 de marzo de 2014, párr. 208.

42 Corte IDH, Caso Fernández Ortega vs. México, sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 193.

43 CEDAW. Caso “Tayag Vertido v. Filipinas”, Communication 018/2008.

44 Rodríguez Luna, R. y Bodelón González, “Mujeres maltratadas en los juzgados. La etnografía como método para entender el derecho en acción”, en *Revista de Antropología Social*, 2015, p. 106.

45 Bodelón González, E., *Violencia institucional y violencia de género*, en Suárez, F., *Anales de la Cátedra*, 2014, p. 133.

46 La casa del encuentro, Informe del año 2010.

47 La casa del encuentro, Informe del año 2011.

previas, 14 tenían medidas (prohibición de acercamiento o exclusión del hogar) y 12 eran miembros de las fuerzas de seguridad<sup>48</sup>. En 2013, fueron 275 femicidios; en 2014, 302; en 2015, 315; en 2016, 314; en 2017, 309 y en 2018, 308<sup>49</sup>. En 2019, ocurrieron 319 femicidios, de los cuales 42 casos contaban con denuncias por hechos de violencia previo, 17 víctimas tuvieron medidas judiciales de protección, 13 se encontraban vigentes y 4 vencidas al momento del femicidio<sup>50</sup>. Aproximadamente, más de 3000 mujeres murieron asesinadas desde enero de 2010 hasta diciembre del 2019. En 2020 se produjeron 329 femicidios, siendo así una muerte cada 32 horas<sup>51</sup>. El Observatorio de Femicidios de la Defensoría General de la Nación contó 289 femicidios y un aumento de casos comparándose el período donde existió el ASPO en 2020 con el de años anteriores<sup>52</sup>.

En 2021 se produjeron 251 femicidios, de los cuales el 75% de las víctimas directas fue asesinada en viviendas: 39% en la que compartía con el sujeto activo, 25% en su propia vivienda, 8% en la vivienda del sujeto activo y 3% en otras viviendas. En el 31% de los casos, se usó un arma blanca para cometer el femicidio, en el 25% armas de fuego y en el 24% fuerza física. En algunos casos, se empleó más de un medio. Durante los fines de semana extendidos (de viernes a la noche a lunes a la madrugada) se produjo la mayor cantidad de femicidios. En 2022, las víctimas directas de femicidio fueron 226 (219 mujeres cis y 7 mujeres trans/travestis), arrojando un promedio de una víctima directa cada 39 horas, y al menos 26 fueron femicidios vinculados (20 varones cis y 6 mujeres cis), con un promedio de 1 víctima de violencia letal cada 35 horas si se incluyen tanto víctimas directas como de femicidio vinculado. Los sujetos activos incluidos en las causas judiciales de femicidio directo fueron 236 y su edad promedio fue de casi 40 años. Al menos 18 sujetos activos pertenecían a fuerzas de seguridad; mientras que al menos 51 presentaban consumo problemático de sustancias, y al menos 23 tenían antecedentes psiquiátricos<sup>53</sup>.

---

48 La casa del encuentro, Informe del año 2012.

49 Estadísticas de La casa del encuentro, disponibles en: <http://www.lacasadelencuentro.org/femicidios03.html>

50 Organización Mumalá, Informe del año 2019.

51 Organización Mumalá, Informe del año 2020.

52 Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación, Informe Anual 2020.

53 Según datos del Registro Nacional de Femicidios de la Oficina de la Mujer de la CSJN. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-38847-Registro-Nacional-de->

Se observan varias cuestiones a partir de las estadísticas que se obtienen de diversos organismos gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil, como que las personas en situación de violencia no denuncian, en general, y las que sí lo hicieron no obtuvieron medidas que les salvaran la vida. Resulta, entonces, curioso preguntar qué sucede cuando una mujer confía en que el sistema de justicia pueda ofrecerle alguna respuesta. Ni la policía ni el Poder Judicial están preparados para receptor denuncias de este tipo de delitos y normalmente ocurre el descreimiento, marcando una fuerte diferencia cuando asiste un varón a denunciar, o la utilización de estereotipos (buena/mala madre, buena/mala esposa, mujer mendaz, mujer instrumental, entre otros). Muchas veces no cuentan con asistencia legal y por más que sean derivadas a algunos patrocinios gratuitos no asisten por temor a la revictimización, ya que las/os abogadas/os no cuentan, en general, con formación en género y aplican, también, las lógicas patriarcales de la justicia.

Se visualiza que a las mujeres las matan sus parejas/exparejas dentro de los espacios íntimos, en sus casas, construido durante siglos como el espacio seguro y adecuado para el género femenino. Incluso, esta idea se fortalece con el aumento de asesinatos producido en el 2020, año atravesado por el confinamiento. Un porcentaje alto de femicidios son cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, existiendo complicidad y encubrimiento cuando el agresor es policía y la víctima asiste a la comisaría a realizar una denuncia, como fue el caso de Úrsula a inicios de este año. ¿Será consecuencia de la portación de arma reglamentaria existiendo entonces un peligro extra al ser mujer estar en pareja con un varón miembro de las fuerzas de seguridad? Tal como señala Luciana Sánchez, en los últimos años, se incorporaron nuevas/os agentes a la fuerza policial, y en su mayoría fueron mujeres (feminización de la policía). Esto demuestra que una mayor cantidad de efectivos policiales no reduce los femicidios (aunque sean mujeres), sino que terminan demostrando que son quienes más los cometen (12% según CSJN).<sup>54</sup>

## **B) Las mujeres como operadoras y funcionarias judiciales**

---

Femicidios--durante-2021-se-produjeron-251-v-ctimas-letales-de-violencia-de-g-nero-en-todo-el-pa-s.html#:~:text=La%20Oficina%20de%20la%20Mujer,1%20femicidio%20cada%2035%20horas y <https://www.csjn.gov.ar/novedades/detalle/7204> (última consulta: 01/08/2023)

54 Sánchez, Luli, ¿Seguiremos en el cuarto propio? La reforma judicial feminista, Revista Anfibia, 2021. Disponible en: <http://revistaanfibia.com/ensayo/seguiremos-cuarto-propio/>

La Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) informó que trabajan 122 mil personas en el sistema de justicia, de las cuales 56% son mujeres<sup>55</sup>. Si bien estas estadísticas muestran que el Poder Judicial está integrado por mujeres en su mayoría, si se observa la cantidad de mujeres en cargos jerárquicos (magistradas, es decir, juezas, fiscalas y defensoras) el número desciende al 44% y aún más si se limita el análisis a las máximas autoridades judiciales (ministras de CSJN, procuradoras y defensoras generales), siendo solamente un 31%<sup>56</sup>. Sin embargo, se observa que estas estadísticas se replican en el fuero penal (vinculado con el ámbito público y lo político), pero distinto es en el fuero laboral o de familia (vinculado con tareas de cuidado), por ejemplo, donde existe paridad o las mujeres son mayoría<sup>57</sup>, demostrando que la noción de una paridad de género dentro del Poder Judicial sería inútil si no se eliminan los estereotipos reinantes. Un informe de Naciones Unidas señaló que el Poder Judicial es un verdadero techo de cristal para las mujeres<sup>58</sup>.

Así, surge la pregunta de si el acceso para mujeres y varones al sistema judicial se produce de igual manera. La respuesta es no, porque como para cualquier trabajo existen barreras que afectan de manera diferencial a las mujeres como, por ejemplo, la maternidad y las tareas de cuidado. Las mujeres concursan más preparadas académicamente, pero con una edad más alta e incluso dejan de presentarse antes que los varones<sup>59</sup>. Se observa que tampoco se encuentran formadas/os en violencia de género. Por ejemplo, desde Abofem presentaron una denuncia ante el Consejo de la Magistratura por la ausencia de formación de 52 de 138 juezas/ces que aspiran a cargos<sup>60</sup>. Además, la

55 Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Informe Mapa de Género, año 2020. Disponible en: <https://om.csjn.gov.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=72>

56 Informe Mapa de Género de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, año 2020. Disponible en: <https://om.csjn.gov.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=72>

57 Informe Mapa de Género de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, año 2020. Disponible en: <https://om.csjn.gov.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=72>

58 Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD; Lima: IDEAInternacional; Organización de las Naciones Unidas Mujeres, Paridad Política en Argentina. Avances y desafíos, Panamá, 2017

59 Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acceso de las Mujeres a la Magistratura: Perfil de las/os postulantes a los concursos, año 2014. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/om/docs/techo.pdf>

60 <https://www.pagina12.com.ar/325445-impugnan-por-cuestiones-de-genero-los-pliegos-de-52-jueces-y>

Ley Micaela no se implementa de igual manera en todas las provincias y cuando si se hace, se observa un curso inespecífico, teórico y desactualizado.

En conclusión, se puede sostener que el sistema judicial resulta expulsivo y una traba para las mujeres en general: no acceden a cargos jerárquicos ni pueden acceder para realizar denuncias y/u obtener protección.

#### **IV. El derecho como herramienta de los feminismos. Hacia una reforma judicial feminista**

La doctrina legal feminista se encuentra dividida frente a la utilización del derecho penal: hay quienes defienden su uso y quienes lo critican. Ambas posturas parten del reconocimiento de la falsa neutralidad del derecho penal en términos de género y de su funcionamiento como instrumento de articulación patriarcal<sup>61</sup>. La discusión gira a partir de que, si bien se visibiliza la violencia de género, se legitiman los discursos, las prácticas y el aumento del poder punitivo. Por ejemplo, abogadas feministas como Ileana Arduino, directora del Grupo de Trabajo de Feminismos y Justicia Penal de INECIP, se preguntan si el derecho penal es el campo judicial en el que se puedan responder de manera adecuada los femicidios<sup>62</sup>. La postura de Marina Graziosi que entiende que “la demanda de mayor derecho penal y su posterior agrandamiento no puede garantizar la solución al problema del crimen contra las mujeres, pero sí parece cumplir con un rol idóneo para expresar un rechazo público y estigmatización de este tipo de hechos”<sup>63</sup>, parecería ser la acertada y la receptada en nuestro sistema penal, más aún si se entiende al derecho como una herramienta de transformación. En el ámbito internacional se justifica el castigo a los femicidios, ya que es una obligación del Estado adoptar medidas legislativas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres para modificar patrones socioculturales<sup>64</sup>, uno de los roles del derecho penal<sup>65</sup>.

61 Facio, A. y Fries, L., *Feminismo, género y patriarcado*, p. 35

62 Conversatorio en el marco de “Nosotras movemos el mundo”, Hacia una justicia feminista, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=DbJ2LrKok7g&t=321s>

63 Graziosi, M. *Femminicidio: i rischi delle leggi-manifesto*, p. 2. (traducción propia).

64 Toledo Vázquez, Patsilí, *Femicidio/Femminicidio*, Buenos Aires, Editorial Didot, 2014, pp. 276-277.

65 Pitch, T. *Justicia penal y libertad femenina*, p. 1 (traducido del italiano por Sebastián Guidi)

Habiendo asumido la necesidad del uso del derecho penal y el sistema de justicia como instrumentos y herramientas para transformar la realidad que viven las mujeres y las personas LGBTI+ es el momento de pensar, proponer y cambiar lo existente por algo superador, principalmente, Está demostrado que tal como se encuentran ahora ni el derecho penal ni el sistema de justicia son idóneos para abordar la problemática de la violencia de género. Por esto es por lo que, en todos los espacios públicos, como las calles, los encuentros de organizaciones militantes políticas y feministas, las sesiones de los poderes legislativos provinciales, los pasillos de los tribunales, se habla de la necesidad de una reforma judicial feminista.

Esta reforma judicial no implica per se la modificación de algunas disposiciones legales, como la que se realizó en la Ley N° 24660 (de Ejecución de la pena) en 2017 luego del femicidio de Micaela García<sup>66</sup> ni aumentar las penas de delitos ya existentes, tal como algunos medios de comunicación y políticos quieren hacer creer al vincular a los feminismos con el punitivismo<sup>67</sup>. El reclamo apunta a re-pensar el derecho en clave feminista y re-estructurar el sistema judicial a través de la incorporación de la perspectiva de género y de igualdad de derechos de manera real y transversal en todo el proceso judicial. Por ejemplo, incorporando el sistema acusatorio que, para la abogada y titular de la UFEM, Mariela Labozzetta, implicaría un gran avance por aportar transparencia y participación de las víctimas eliminando la concentración de funciones y trayendo la oralidad<sup>68</sup>. Se debe buscar el acompañamiento a quienes denuncian de la manera en que se necesite y que se brinden herramientas y respuestas integrales para continuar el proceso según las circunstancias particulares de cada víctima.

Si pensamos en un Poder Judicial preventivo, tal como plantea Ileana Arduino, se debería “aportar un sistema eficiente de gestión de conflictos” donde se detecten riesgos específicos<sup>69</sup>. El Comité CEDAW

---

66 Micaela García desapareció el 1 de abril de 2017. Una semana después encontraron su cuerpo y fue apresado por el hecho Sebastián Wagner, quien confesó el crimen y fue condenado a cadena perpetua. El autor había obtenido la libertad condicional, ya que estaba detenido anteriormente por haber violado a dos chicas. El juez Rossi, quien otorgó este beneficio, fue suspendido en su cargo.

67 <http://niunamenos.org.ar/hos-mueve-el-deseo/acciones/no-en-nuestro-nombre-2/>

68 <https://www.tiempoar.com.ar/nota/es-hora-de-desarmar-los-cimientos-patriarcales-de-la-justicia>

69 <https://incip.org/prensa/incip-en-los-medios/un-sistema-de-justicia-que-tramita-expedientes-no-gestiona-conflictos-al-contrario-los-oculta/>

recomienda las alertas tempranas y la evaluación de riesgos sin que sean la condición previa de iniciar acciones legales, que sean garantizadas independientemente de la capacidad o voluntad de los sobrevivientes para cooperar en las acciones judiciales contra al presunto agresor (...) y con la posibilidad de acceso al patrocinio jurídico gratuito<sup>70</sup>. La coordinadora de la Comisión de Género de la Asociación Civil Justicia Legítima, Mila Montaldo, reflexiona sobre “un indicador único construido por un organismo que nuclea a los tres poderes para dar una estadística cuantitativa y un insumo cualitativo para pensar políticas públicas directamente relacionadas con las jurídicas”<sup>71</sup>, coincidiendo con Ileana Arduino sobre la importancia de rever las prácticas que hay que corregir y no solo lo normativo<sup>72</sup>. El Poder Judicial tiene la obligación de “juzgar y considerar las pruebas y acompañar a las víctimas desde una perspectiva de género”, tomando en serio las denuncias, creyendo en las palabras de las mujeres, haciendo esfuerzos investigativos para lograr la prueba según cada delito, dictar medidas de protección y bogar por su cumplimiento<sup>73</sup>.

Los funcionarios y los empleados judiciales y de las fuerzas de seguridad deben comprender que el derecho tal como está planteado hoy en día no brinda respuestas útiles a las mujeres víctimas de delitos de violencia de género (ni tampoco para las mujeres victimarias) y que lo que idealmente debe primar no es el castigo, sino la reparación. Este tipo de delitos no se analizan ni se abordan de la misma manera que el resto de los delitos planteados en el Código Penal, ya que el derecho y particularmente el penal es en donde se observa de manera más clara la vulnerabilidad, la discriminación y la asimetría de poder existente entre personas de distintos géneros y otros factores de interseccionalidad.

---

70 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N°35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm.. 19, p. 17.

71 <https://www.tiempoar.com.ar/nota/es-hora-de-desarmar-los-cimientos-patriarcales-de-la-justicia>

72 <https://www.tiempoar.com.ar/nota/es-hora-de-desarmar-los-cimientos-patriarcales-de-la-justicia>

73 <https://www.tiempoar.com.ar/nota/es-hora-de-desarmar-los-cimientos-patriarcales-de-la-justicia>

# III.

# ¡Gracias Olga!

Por Julia Ben Ishai\*

\* Abogada (U.B.A). Docente U.B.A y U.N.P.A.Z. Adscripta a proyectos de investigación U.B.A y U.N.P.A.Z. Maestranda en Feminismos y Políticas Públicas (U.N.P.A.Z). Miembra del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la U.B.A.

# ¡Gracias Olga!

Por Julia Ben Ishai

*Desde el 08 de marzo del presente esta presente en la página web del Consejo de la Magistratura un Registro Público donde constan todas las denuncias presentadas contra magistrado/as denunciado/as por violencia de género o por su accionar por fuera del marco normativo vigente en relación a este tipo de causas. Este Registro se creó a partir de una solución amistosa arribada en un caso que llegó al Comité C.E.D.A.W. entre nuestro país y la peticionante, Olga del Rosario Diaz, quién propuso esta flamante implementación.*

*En esta nota, te comentamos de qué se trata, cómo se llegó a él y un análisis de cara al debate por una Reforma Judicial Feminista*

Con fecha de publicación 08 de marzo del 2021, el Consejo de la Magistratura de la Nación publicó su Resolución 08/21 mediante el cual creó el primer Registro público de denuncias presentadas contra magistrados y magistradas por situaciones vinculadas a violencia de género.

Este registro de una novedad supina se encuentra ya disponible en la página web del organismo estatal con posibilidad de acceso por parte del público en general para conocer los nombres y apellidos de lo/as magistrado/as que se encuentren denunciado/as por:

- Vulneración y/o afectación de derechos por actos discriminatorios.
- Inobservancia manifiesta de la normativa nacional e internacional en materia de género en el dictado de actos procesales
- Obstaculización, mediante retardo o impedimento, en el acceso a la justicia.

Este hecho, es un avance significativo en materia de visibilización del accionar de lo/as magistrado/as en las causas vinculadas a violencia machista que tanto ruido mediático tienen hoy en los medios de comunicación y en la sociedad en su conjunto.

En este artículo nos proponemos contar cuál fue el camino recorrido para llegar al registro y hacer un breve análisis en relación a qué aspectos del mismo creemos exultantes y preocupantes de cara al debate público sobre la necesidad de una reforma judicial feminista.

## ¿Quién es Olga del Rosario Díaz?

Olga es una jubilada de Villa Pueyrredón. Como muchas otras mujeres sufrió violencia de género por parte de su ex pareja con quien convivió aproximadamente 36 años, teniendo con él tres hijos.

Los hechos de violencia comenzaron en el año 2002, año en que se dio inicio a la primera causa judicial tras las amenazas de muerte y el incendio de su auto propiciados hacia ella por parte de su agresor, el Sr. P.

En el año 2017 la causa se archivó por haberse declarado extinta la acción penal, sobreseyendo al acusado.

Si bien la pareja retomó la convivencia en el medio, los hechos de violencia nunca cesaron y comenzaron a recrudecerse.

En febrero de 2017, Del Rosario Diaz presentó ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación una denuncia contra su ex pareja solicitando que el mismo fuera retirado del hogar convivencial y se le propiciara un botón antipánico como medida de protección frente a los episodios constantes de violencia física y psicológica sufridas tanto por sí como por su hija menor.

Esto dio lugar a la apertura de dos expedientes judiciales, uno civil por violencia familiar y otro penal. Siguiendo el procedimiento actual y habitual, la demandante fue instruida para gestionar la notificación al denunciado de las prohibiciones de acercamiento.

Si bien el juzgado civil interviniente dictó la exclusión del hogar, no se tomaron otras medidas que habían sido solicitadas por la denunciante. El procedimiento finalmente se llevó a cabo en marzo de ese año con colaboración policial aunque sin ningún seguimiento posterior respecto del denunciado ni de la denunciante por parte del Juzgado interviniente.

El 24 de marzo de 2017, el Sr. P. apuñaló a Olga en su hogar quien en

ese momento no contaba con ningún dispositivo o medida judicial de protección. En el acto también sufrió heridas el hijo mayor de Olga quién intentó defender a su madre.

Producto del ataque, Del Rosario Diez permaneció internada en Cuidados intensivos con asistencia mecánica respiratoria y sedada farmacológicamente. Durante la internación sufrió polineuropatía del paciente crítico y trastorno deglutorio, debiendo recibir múltiples transfusiones de sangre. Estuvo un total de 41 días internada.

En mayo de ese año se le detectó trombosis venosa profunda producto del ataque recibido. Esto dio lugar a una nueva intervención quirúrgica y a un tratamiento de por vida con controles médicos periódicos y medicación anti coagulante.

El ataque dio origen a una nueva causa judicial por lesiones leves y homicidio agravado por el vínculo en dónde se acumularon las causas penales abiertas con anterioridad. En diciembre de ese mismo año el acusado fue condenado a 20 años de prisión por el delito de tentativa de homicidio agravado por haber sido cometido contra su ex pareja y por media violencia de género y por tentativa de homicidio agravado por haber sido cometido contra un descendiente.

La causa fue puesta en conocimiento del juez en lo civil quién no dispuso ninguna medida para verificar la situación del grupo familiar o el estado de salud de la víctima.

## **Trámite ante la C.E.D.A.W.**

A partir de los hechos vividos, la denunciante decidió acudir ante el Comité C.E.D.A.W. y tramitar una denuncia ante el Estado Nacional indilgándole la responsabilidad internacional por incumplimiento tanto de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y como de su protocolo de aplicación.

Como aspectos a destacar de la denuncia mencionamos la ineficacia del sistema de prevención en sede civil, la promoción de medios compositivos entre la víctima y el agresor, la falta de adopción de medidas de protección oportunas, efectivas e idóneas, la afectación al derecho de la víctima, el traslado de la víctima a ser quién deba garantizar su propia protección, la falta de seguimiento de las medidas de protección, la presencia de estereotipos en las actuaciones

¡Gracias Olga!

nes judiciales y la ineficiencia del aparato penal y el abordaje judicial fragmentado en las causas civiles y penales abiertas. En definitiva, se considero que las actuaciones estatales configuraban una violación de los artículos 1,2,16 y 5 de la C.E.D.A.W.

En cumplimiento de la tramitación, el Comité dio traslado de la denuncia a la Secretaria de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y al Instituto Nacional de las Mujeres, organismo encargado de velar por el cumplimiento de la citada Convención.

En el mes de febrero de 2019 la peticionaria y sus representantes presentaron sus pretensiones reparatorias en el marco de un espacio interministerial abierto por la Secretaría en el cual se convocó a la Sra. Olga Díaz para poder llegar a una solución amistosa.

Así fue como se llegó a un acuerdo mediante el cual se determinaron diferentes medidas de reparación en el marco del reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado Nacional.

Estas medidas se orientaron en el reconocimiento y publicidad del mismo así como también en medidas de reparación pecuniaria, de asistencia a la víctima y medidas de no repetición.

Dentro de las últimas se incluyó en el punto 3.4.2 del acuerdo, las obligaciones hacia el Consejo de la Magistratura que motivaron este artículo.

Puntualmente se obliga a este órgano a asumir la obligación de *“(...) evaluar los conocimientos sobre cuestiones de género y violencia contra las mujeres en todos los concursos para cubrir cargos en el Poder Judicial de la Nación (...)”* Y asimismo a *“(...) confeccionar un registro público de denuncias presentadas contra magistrado/as por situaciones vinculadas a violencia de género en el que conste asimismo el trámite impartido a esas denuncias (...)”*

## **La revolución sí será registrada**

El poder judicial es el poder más enquistado y antidemocrático del Estado. Sin lugar a dudas esto se puede observar en quiénes son sus operadores y por sobretodas las cosas en las características de los mismos.

El derecho por sus condiciones y particularidades es centralmente androcéntrico, aunque no por esto deja de ser una herramienta de transformación en relación incluso a su perpetuación patriarcal. Como bien nos demuestra la teoría crítica del derecho, nuestro campo disciplinar a la vez que crea subjetividades da las herramientas para transformarlas, emancipando y ampliando derechos.

Este evento, en este sentido, nos parece verdaderamente novedoso ya que pone el ojo en un aspecto fundamental para nuestra democracia como es la visibilización del accionar judicial. El mundo de los Tribunales está alejado del pueblo en general y particularmente el accionar de lo/as magistrado/as está usualmente fuera de la posibilidad del cuestionamiento público al que sí son sometido/as legisladore/as o miembros del Poder Ejecutivo Nacional.

Desde esta óptica, observamos que este Registro pone el foco en una cuestión de actual vorágine en el debate público como es la cuestión de la violencia emprendida contra las mujeres y disidencias sexuales y el rol que tiene el Poder Judicial ante estas situaciones.

No podemos dejar de encuadrar la implementación de este registro en el marco del debate público acerca de una reforma judicial feminista un concepto que entusiasma a pesar de que carece aún de definiciones. Esto, lejos de ser un inconveniente transforma al concepto en un territorio de disputa y debate frente al cual, nos parece urgente intervenir.

Desde esta óptica creemos que la reforma no puede ceñirse a un paquete de leyes sino que implica modificaciones estructurales, sistémicas y culturales hacia el interior de los sistemas jurídicos y en relación a quienes actúan en el mismo tanto desde la institucionalidad como desde el litigio.

Por eso la implementación de este Registro implica una modificación realmente virtuosa en términos de hacer hincapié en quitar del ámbito de lo privado lo que siempre pareció secreto.

## **De privado a público**

La segunda ola del feminismo en los años '50 se encargó prioritariamente de escribir en paredes, cuadernos, pancartas y gritar a los cuatro vientos que lo personal es político.

¡Gracias Olga!

Este camino fue una verdadera revolución porque se encargó de quitar de la esfera de lo estrictamente doméstico a aquello que sucedía en la intimidad.

Ese ámbito privado que quedó al descubierto hace 70 años no se relacionaba con la visibilización de las violencias como lo podríamos observar desde las ópticas de los feminismos del Siglo XXI. Lo que se puso en evidencia en aquel entonces fue la repetición de situaciones de hastío, aburrimiento, desazón y falta de sensación de realización personal que sentían las mujeres (cis) de aquel entonces. Todo esto en el marco de publicaciones clave como *El segundo sexo* que puso en tela de debate por primera vez la discusión sobre ¿Qué es una mujer?

La esfera de lo *domestico* hasta entonces, aparecía naturalizada como el espacio femenino por autonomasia, algo que no sólo la segunda ola se encargó de negar, sino que en textos actuales como *El Calibán y la Bruja* de Silvia Federici se encargan de desarticular ubicando a la secularización de las mujeres (cis) a la casa y al cuidado de la/os hija/os y sus maridos como un proceso forzado y necesario para instalar el modelo de producción capitalista.

Los textos, movilizaciones y debates de la *segunda ola* fueron fundamentales para poner en debate que nada de lo hasta entonces conocido respecto de qué implicaba la femeneidad y cuáles son los espacios propios de las mujeres (cis) eran estoicos o propios de nuestra biología desde una mirada determinista.

Las repercusiones de estos procesos fueron variadas y muchas de ellas fueron criticadas por algunas corrientes feministas, especialmente las marxistas. Sin perjuicio de eso, no es posible minimizar la importancia de los mismos a la hora de evidenciar la opresión hacia las mujeres y cuerpos feminizados en relación a la imposibilidad de ser autoras de su propia vida.

## **Los ojos puestos sobre su majestad**

Sin lugar a dudas, la medida dispuesta en el acuerdo que convoca al Consejo de la Magistratura a crear y publicar el Registro Público trae un nuevo paradigma.

Como dijimos previamente, el accionar judicial está usualmente fuera de la posibilidad de evaluación por parte de las y los justiciables. Son

muy pocos los juicios por precarivato y las denuncias que se entablan contra magistradas y magistrados suelen vincularse a causas políticas habiendo sólo prosperado en los últimos tiempos aquellas utilizadas por el macrismo para perseguir a lo/as jueces que perjudicaban el normal desarrollo de sus negocios.

El femicidio de Úrsula Bahillo puso en tela de debate el rol del poder judicial en la atención de las denuncias que las mujeres, lesbianas, trans y no binaries realizan a raíz de las violencias sufridas por su condición de género. Hoy las posibilidades de intervenir judicialmente para protegerse de las violencias son conocidas por un porcentaje alto de las posibles víctimas y un gran número de ellas acude al sistema, inicia demandas y exige medidas. Sin embargo, como nos demostró el caso de Úrsula, una mujer puede realizar hasta 18 denuncias sin que el Poder Judicial entienda la importancia de encontrar mecanismos de cuidado precisos y efectivos en cada caso concreto.

Olga realizó denuncias sistemáticamente desde el año 2002 y sin embargo ninguna medida se adoptó que impidiese que el Sr. P la apuñalara aquel marzo de 2017. El poder judicial parece burlarse de las mujeres que se presentan ante él demandando acciones concretas. Lejos de asumir los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado que especifican la responsabilidad institucional en la protección a las mujeres y disidencias y la obligación estatal de garantizar a tales colectivo una vida sin violencias, el Poder Judicial parece actuar como una oficina de beneficencia considerando que las mujeres acuden a él pidiendo caridad y a las medidas por él dispuesta como favores.

En este sentido, ponemos el foco en recalcar que el Comité C.E.D.A.W determinó que el Estado argentino violaba sus obligaciones al obligar a las denunciantes a garantizarse sus propios actos de defensa. Hoy en día este procedimiento sigue vigente y es responsabilidad de las personas denunciantes presentar ante las Comisarías las ordenes de restricción de acercamiento interpuestas por el Poder Judicial para su notificación a los denunciados.

## **Avances y contra efectos de la Reforma Judicial Feminista**

El caso en análisis trajo al Estado no sólo la responsabilidad de crear el registro objeto de esta nota sino también la obligación de evaluar

¡Gracias Olga!

la perspectiva de género de las y los aspirantes a magistrados y la obligación de funcionarios estatales de realizar un pedido de disculpas públicas a la demandante.

Sin lugar a dudas estas y otras medidas que forman parte del acuerdo son sustanciales para poder avanzar en un camino en pos de una Reforma Judicial Feminista.

Como mencionamos previamente esta consigna emulada desde los feminismos populares es hoy aún una *arena de disputa* sin determinaciones. Esta situación es emocionante para quienes buscamos visibilizar los recovecos de machismo que se acumulan en el Poder Judicial.

Así pues la aparición del Registro Público resalta aspectos sustanciosos como quitar del ámbito de la privacidad/intimidad a las violencias. De alguna manera, si existe una cuarta ola del feminismo, el señalamiento está puesto en darle a las mismas notoriedad remarcando su sistematicidad. Podemos encontrar ahí una continuidad histórica con los movimientos de mitad del siglo pasado que sacaron de los placares las opresiones domésticas.

Este Registro, desde su lugar también saca de los placares (o podríamos decir en este caso de los pasillos de Tribunales) la actividad judicial, tan envuelta en halos de misterio y tinieblas.

Los jueces y juezas no suelen tener caras, ni nombres conocido/as para lo/as justiciables que se enfrentan a ello/as con voluntad de resolución y protección encontrando muchas veces desamparo y falta de humanidad.

Por eso esta medida produce entusiasmo, al permitir dar trascendencia público-mediática a funcionario/as que incumplen sus funciones con medidas que, lejos de carecer de importancia, producen impactos en vidas humanas.

Dicho todo esto, nos parece fundamental advertir la necesidad de encausar las demandas feministas dentro de un arco epistemológico y político. Esta medida, pone el foco en dar a conocer actores institucionales que han incumplido con el trabajo a su cargo en clara desprotección a grupos especialmente vulnerables por sus condiciones en las sociedades actuales. El rol de funcionario/as de esto/as sujeto/as hace esta medida tan celebrada por los feminismos populares. Y esto especialmente teniendo en cuenta que se trata de juece/zas quienes gozan de cargos vitalicios y no fueron elegido/as democráticamente

para ocupar sus cargos.

De ninguna manera, las propuestas de reforma podrían orientar su accionar en esta misma dirección frente a cualquier denunciado o agresor. Medidas como la recientemente sancionada por el Congreso de la Nación que busca penalizar a quienes realicen actos de acoso *callejero* en este sentido parecen priorizar una política de penalización como respuesta a cualquier acto de agresión.

Estas medidas sólo responden a una fantasía pan-punitivista ajena a las demandas que a nuestro modo de ver, deben guiar a los feminismos populares. La solución nunca puede ser que el movimiento feminista utilice las herramientas con las que el patriarcado las ha oprimido para librarse de él.

Son tiempos convulsionados y de revuelta dónde es preciso que la creatividad esté a la orden del día y que el espacio de publicidad inusitado del que gozan los feminismos populares sea aprovechado para plantear un programa político más que una agenda de debate.

Este programa político es de suma importancia para marcar los límites dentro de los cuáles cualquier horizonte es perseguible. Así, manifestamos nuestra visión por un feminismo popular, con perspectiva social, ambiental, antirracista pero por sobre todo **antipunitivista**.

Sólo desde una mirada que entienda las desigualdades hacia las mujeres y femeneidades desde una óptica interseccional podremos construir una democracia feminista, que no es otra cosa que el sueño de un mundo en que quepan todos los mundos.

# IV.

# El Federalismo y el Elemento Competencia del Acto

Por Ariel Iván González Quaglia\*

\* Abogado. Maestrando en Derecho Administrativo (Universidad Austral).

# El Federalismo y el Elemento Competencia del Acto

Por Ariel Iván González Quaglia

*El federalismo fue considerado históricamente un principio que atraviesa a toda la Constitución Nacional, por tal motivo es uno de los principios rectores de todo nuestro ordenamiento jurídico.*

Para comenzar, es menester poner de manifiesto que el federalismo es un principio que atraviesa a toda la Constitución Nacional, por tal motivo es uno de los principios rectores de todo nuestro ordenamiento jurídico. El mismo a priori, debería verse reflejado en todos los institutos presentes en el derecho argentino.

Por otro lado, la teoría del acto es una parcela del Derecho Administrativo que trata de definir cómo la Administración manifiesta su voluntad<sup>1</sup>.

En tal sentido, trataremos de demostrar cómo el federalismo impacta en la teoría del acto, para lograr como resultado que aquella declaración de voluntad por parte de las distintas administraciones públicas respete la autonomía de cada uno de los distintos sujetos del federalismo argentino, entiéndase por estos a la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios.

El primer paso para poder identificar si el federalismo se encuentra presente en la Teoría del Acto es saber a qué hacemos referencia cuando evocamos tal principio. En una primera aproximación, podemos sostener que el federalismo es una forma de gobierno por medio del cual las funciones del Estado están repartidas entre los distintos estados provinciales que se agrupan y que luego delegan algunas competencias a un estado federal o central.

Es dable destacar que cuando hagamos referencia al término federalismo, estaremos aludiendo al desarrollo de tal concepto en el territorio de la Nación, dado que se hace difícil dar una definición universal

<sup>1</sup> Comadira, Julio R., "Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo", J.A. 1996 - IV-750, ABELEDO PERROT N°: 0003/001180.

de federalismo. Esta dificultad tiene su origen en que se trata de un término tan complejo que varía según las circunstancias políticas y sociales de cada estado, y de ello deriva que haya tantos federalismos como estados federales existan<sup>2</sup>.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, es correcto afirmar que, pese a ello, existen características similares en todos los federalismos, como ser: dos o más órdenes de gobierno que participan del poder estadual, la Constitución como Ley de participación, la descentralización del poder político, el federalismo como principio de unión, la unión a través de la participación y la autonomía, y el reparto de competencias<sup>3</sup>.

Retomando lo anterior, es preciso mencionar que cuando hablamos de federalismo, lo primero que nos debe surgir como idea es la noción de autonomía. La palabra autonomía, compuesta por las palabras griegas “auto” (propio) y “nomos” (norma), proviene de la idea que existía en la Antigua Grecia de que el pueblo democrático se gobernaba sancionando para sí mismo sus propias leyes, de allí se deriva que la palabra autonomía sea entendida hoy como darse a sí mismo sus propias normas.

La idea de autonomía fue desarrollándose a lo largo de la historia al punto tal que se comenzó a relacionar tal concepto con el progreso de las comunidades y por tanto de los individuos que en ellas habitan. En este sentido, Peter Häberle sostiene que, en la evolución del constitucionalismo, se ha dejado de utilizar al ciudadano como un objeto del poder estatal. Ello gracias a la evolución que éste tuvo con respecto a los derechos humanos y su consecuente efecto sobre la dignidad de la persona. En este sentido, sostiene que la organización del Estado deriva de la garantía de la dignidad humana ya que en la soberanía del pueblo es donde se apoya toda forma de gobierno.

En este orden de ideas, podemos inferir que la forma de gobierno que establece el artículo 1<sup>o</sup> de nuestra Norma Fundamental es consecuencia de la soberanía popular, la cual se sustenta en el respeto de

---

2 María Gabriela Ábalos, “Fortalezas y Debilidades del Federalismo Argentino”, Revista Jurisprudencia Argentina-Derecho Constitucional 2015, pág. 2.

3 María Gabriela Ábalos, “Fortalezas y Debilidades del Federalismo Argentino”, Revista Jurisprudencia Argentina-Derecho Constitucional 2015, págs. 2 a 5.

4 Artículo 1<sup>o</sup>- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

la dignidad humana, debido a que ésta precede al pueblo y en consecuencia al Estado y a todo tipo de organización del Estado<sup>5</sup>.

En cuanto a la teoría del acto, debemos mencionar que, enmarcado en el Estado de derecho y más concretamente en el Estado constitucional, la sanción de los actos emanados del Estado en ejercicio de la función administrativa debe ser compatible con los principios y valores que la Constitución Nacional llama a proteger y garantizar<sup>6</sup>.

¿Pero qué entendemos por acto administrativo? Como la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos no brinda una definición de acto administrativo, tomaremos la elaborada por Julio R. Comadira que lo define como “toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”<sup>7</sup>.

Por otro lado, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en su artículo 7°, enumera una serie de requisitos que debe cumplir el acto administrativo a fin de que sea congruente con el ordenamiento jurídico. Dichos requisitos son: competencia, causa, objeto, procedimientos esenciales, motivación y finalidad.

Lo que nos interesa a los fines de este artículo es el elemento competencia del acto administrativo, el cual surgió con el nacimiento del constitucionalismo. Esto es así dado que cuando se originó la idea de separación de poderes invariablemente se estableció la idea de separación de funciones, y de allí la necesidad de limitar las actividades de cada uno de los poderes a fin de evitar la concentración del poder. Esta división de poderes es conocida también como horizontal.

Asimismo, la competencia fue definida por la doctrina como “el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano o ente estatal”<sup>8</sup>. En este sentido, podemos afirmar que dicho elemento se halla conformado por una norma,

5 Peter Häberle, “El Estado Constitucional”, Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda Edición pág. 165 -166 , año 2016.

6 Patricio Marcelo E. Sammartino, “La noción de acto administrativo en el estado constitucional”, Revista El Derecho, pág. 6, Buenos Aires, 31 de octubre de 2007.

7 Comadira, Julio R., “Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo”, J.A. 1996 – IV-750, ABELEDO PERROT N°: 0003/001180.

8 Julio R. Comadira, Héctor Jorge Escola y Julio Pablo Comadira, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, página 399, Ed. Abeledo Perrot, 1° edición.

es decir que no surge ni de los particulares ni de la Administración.

Por su parte, Marienhoff ha dicho que la validez de los hechos y actos de la administración dependen de que el órgano actuante haya desplegado su actividad dentro del “círculo de atribuciones legales”, es decir dentro de lo que define su capacidad para actuar, o dentro de su competencia. Continúa afirmando que la competencia es indispensable para poder determinar la validez de la actuación de la Administración, tal así que “la competencia es lo que verdaderamente caracteriza una repartición administrativa y la distingue de otra”<sup>9</sup>.

En otras palabras, podemos definir a la competencia como la medida del poder que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para la satisfacción y respeto de lo regulado en la Constitución Nacional en razón del grado, tiempo, materia y territorio.

Asimismo, es dable afirmar que en lo que hace a la competencia de la Administración, existe una inversión de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional, ya que mientras que los individuos se encuentran habilitados para hacer todo lo que no está expresamente prohibido, sólo puede hacer lo que está expresamente permitido. Esto último como corolario del principio de juridicidad.

Así las cosas, entonces, la competencia en razón del territorio es el ámbito espacial en el que el órgano o ente estatal puede válidamente desplegar sus actividades en el ejercicio de sus atribuciones.

Siguiendo lo dicho anteriormente, si la competencia surgió a fin de desconcentrar el poder del Estado con el objeto de limitar el ejercicio del mismo de manera horizontal; el federalismo, como vimos anteriormente, surgió a fin de dividir el poder de manera vertical limitando el poder del Estado Nacional con el objeto de asegurar la dignidad y la libertad política de todos los individuos que en él habitan.

Desde esta perspectiva, el acto administrativo también tiene como función limitar el poder de la Administración. Por ello entendemos que la competencia en razón del territorio es una limitante que tiene la Administración para entrometerse en los asuntos que corresponden a otras jurisdicciones, conforme a la atribución de competencias que se

---

<sup>9</sup> Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, t. I, pp. 541-542.

establecen en la Constitución Nacional.

En este sentido, entendemos, al igual que Gordillo<sup>10</sup>, que la violación de las normas que regulan la competencia en razón del territorio debería tener por consecuencia la nulidad absoluta del acto administrativo, ya que se estaría invadiendo la esfera de otros sujetos del federalismo argentino en una clara violación de lo dispuesto por la Constitución Nacional.

Esta tesis es sustentada por la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia Nacional en el fallo “Ganadera Los Lagos S.A.” (Fallos 190:142) por medio del cual se estableció que “la falta de aptitud del Poder Ejecutivo, derivada de carecer de facultades para poner en movimiento su actividad en un sentido determinado o la prohibición de realizar ciertos actos que, por motivos especiales, chocarían con la organización y contenido de las ramas del Gobierno o con las garantías individuales; o la omisión de aquellos requisitos de carácter formal prescritos por las leyes y los reglamentos, constituirían otras tantas causas esenciales de invalidez en la apreciación y examen de un acto administrativo. Puede agregarse, anticipando la solución, que en todos esos supuestos la nulidad del acto sería completa y total, es decir absoluta, aun cuando su declaración sólo pueda pedirse por los particulares interesados en él”.

Además, un acto administrativo que se haya dictado con una portación de incompetencia en razón del territorio, invariablemente poseerá un vicio en el elemento causa, en tanto que existiría un vicio en el antecedente de derecho, ya que habría una infracción estructural formal directa a la Constitución<sup>11</sup>.

Por otro lado, el elemento objeto del acto administrativo es definido como aquello que se declara o se decide, es decir el contenido del acto. En este sentido, al existir un vicio en el antecedente de derecho, naturalmente existirá una imposibilidad jurídica. En consecuencia, se estaría en contra de lo dispuesto por el artículo 7°, inc. c) de la Ley nacional de Procedimiento Administrativo, el cual establece que el

<sup>10</sup> Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”, Tomo 9, Sección II, Capítulo V, V-8/116, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 1ª edición, año 2014.

<sup>11</sup> Patricio M. E. Sammartino, “Extinción del Acto Administrativo en el Estado Constitucional de Derecho”, publicado en La Ley, pág. 5, AÑO LXXXI N° 87, miércoles 10 de mayo de 2017, Buenos Aires

objeto debe ser “jurídicamente posible”.

Ahora bien, sabiendo que al estar frente a un acto administrativo, dictado con una incompetencia en razón del territorio, en el que no se respetó el principio federal establecido en la Constitución Nacional, podríamos afirmar que nos encontramos frente a una infracción estructural formal directa a la Constitución; podemos sostener que estamos frente a un acto administrativo inconstitucional. Esta contradicción con la Constitución Nacional podría dar lugar a la declaración de nulidad de oficio por un tribunal judicial, sin perjuicio de la posibilidad que tendría la Administración de declarar formalmente la nulidad del acto, a fin de reestablecer la juridicidad conforme a los requisitos que establece la normativa y la jurisprudencia en torno al artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo y su eventual posibilidad de entablar la correspondiente acción de lesividad<sup>12</sup>.

En tal sentido, en relación a la declaración de nulidad de oficio por parte de un tribunal judicial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho, dejando de lado la postura sostenida en el fallo “Ganadera Los Lagos S.A.”, que atento a que se ve afectada la supremacía constitucional, establecida mediante el artículo 31 de la misma, la necesidad de restablecerla facultará a los tribunales a realizar el control de constitucionalidad de oficio<sup>13</sup>.

Asimismo, todo lo dicho encuentra su sustento más profundo en que se estarían violando los artículos 1º, 5º, 31, 75, inc 22, 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional, los cuales hacen a la organización política del país que protegen la garantía de dignidad que poseen los habitantes de la Nación por el sólo hecho de ser personas humanas.

Por todo lo expuesto, puede concluirse que un vicio en el elemento competencia en razón del territorio de un acto administrativo emanado por la Administración, hace a la ilegitimidad de aquel por una infracción estructural formal directa a la Constitución.

Dicha infracción, da por resultado una presunción de inconstitucionalidad de la declaración de voluntad estatal emanada por lo que habilita

---

12 Patricio M. E. Sammartino, “Extinción del Acto Administrativo en el Estado Constitucional de Derecho”, publicado en La Ley, pág. 5, AÑO LXXXI N° 87, miércoles 10 de mayo de 2017, Buenos Aires

13 “Mill de Pereyra”, 2001; “Banco Comercial de Finanzas” y “Lapadú”, 2004; “Rodríguez Pereyra”, 2012

a los tribunales de justicia a realizar el control de constitucionalidad de oficio a fin de revisar la legitimidad del mismo y declarar oportunamente su nulidad con la consecuente cesación de los efectos de la misma y su expulsión del mundo jurídico.

Por todo lo desarrollado, entendemos que el federalismo atraviesa todo acto de la Administración Pública Nacional, ya que está en el ADN de nuestra organización institucional, puesto que se encuentra presente desde el origen del Estado Nacional y hace a la dignidad de los individuos que en él habitan.

# V.

# El derecho que “debimos” conseguir

Por Federico Paruolo\*

\* Abogado UBA. Docente de Práctica Profesional UBA. Maestrando en el Servicio de Administración de Justicia. Cursando Licenciatura en Antropología Social y Cultural UNSAM. Vice Pte. Grupo de Litigio Estratégico Asoc. Civil.

# El derecho que “debimos” conseguir

Por Federico Paruolo

*“No es cierto, di, Ferdinando, que siendo la base y único firme sustentáculo de una legión y bien fundada soberanía, la libre, espontánea y deliberada voluntad de los pueblos en la cesión de sus derechos, el que, atropellado este sagrado principio, consiguiese subyugar una nación y ascender al trono sin haber subido por este sagrado escalón, será en vez de Rey un tirano a quien las naciones darán siempre el epíteto y renombre de usurpador? Sin duda que confesarlo debes porque es el poderoso comprobante de la notoria injusticia del Emperador de los franceses.”<sup>1</sup>*

Los procesos revolucionarios de nuestra América, en particular del periodo emancipatorio (1810 – 1829) suelen ser abordados a la luz de sus consecuencias inmediatas (independencia), políticas y sociales, pero dejando de lado el análisis más profundo acerca de la concepción jurídico-política de los pensadores de la época.

En este trabajo pretendo introducir al pensamiento de Bernardo de Monteagudo (1789-1825), repasando “a vuelo de pájaro” como ha construido su pensamiento jurídico y -por lo tanto- político y qué derecho quería para la América libre.

Estudia y se recibe de abogado en Perú, en la universidad de Chquisaca, a la edad de 19 años -en el año 1808- y comienza a ejercer como defensor de pobres; redacta el célebre “Diálogo entre Fernando VI y Atahualpa”, texto que da comienzo a su carrera como intelectual del movimiento revolucionario americano. La formación de Monteagudo, su trabajo como defensor de pobres, sus orígenes mestizos, su amplia participación en la vida universitaria y su activismo político y militar son la base para la formación de su pensamiento, el cual atravesaría toda su construcción intelectual.

<sup>1</sup> “Diálogo entre Atahualpa y Fernando VII en los Campos Eliseos” en: AA. VV. Pensamiento político de la emancipación. Tomo I. Prólogo de José Luis Romero. Selección, notas y cronología de José Luis Romero y Luis Alberto Romero. Ayacucho, Caracas 1977.

El centro de la argumentación del famoso "dialogo..." lo constituyen las nociones de tiranía y obediencia forzada. Frente a la de soberanía entendida como libre, espontánea y deliberada voluntad de los pueblos en la cesión de sus derechos, agrega a estos argumentos la imposibilidad de dar felicidad a sus vasallos, lo que indirectamente convierte al rey en un déspota: *"...desde el mismo instante en que un monarca, piloto adormecido en el regazo del ocio o del interés, nada mira por el bien de sus vasallos, faltando él a sus deberes, ha roto también los vínculos de sujeción y dependencia de sus pueblos. Este es el sentir de todo hombre justo y la opinión de los verdaderos sabios".*<sup>2</sup>

En este texto puede verse la influencia de Cicerón (a quien luego Monteagudo cita en varias de sus publicaciones), en particular a su tratado "De re publica" donde en el "Somnium Scipionis" se da un diálogo entre Publio Cornelio Escipion y su nieto Publio Cornelio Escipion Emiliano, diálogo que gira en torno a cuál sería la mejor constitución política y cuya respuesta es una mezcla de las tres formas básicas de democracia, aristocracia y monarquía. Esta es una obra fundante del pensamiento de Monteagudo y cuya influencia puede verse a lo largo de todo su trabajo.

Existe controversia respecto a la redacción del silogismo de Chuquisaca. Adscribo a quienes consideran que es obra de Monteagudo. ¿Qué dice este silogismo? *"¿Debe seguirse la suerte de España o resistir en América? Las Indias son un dominio personal del rey de España; el rey está impedido de reinar; luego las Indias deben gobernarse a sí mismas."* Esta es la piedra fundacional del pensamiento revolucionario de Monteagudo, donde se pone de manifiesto que América debe recuperar su libertad (governarse a sí misma); en esta misma época redacta el "Proyecto de Constitución del Cono Sur", texto de gran influencia para la convocatoria de la asamblea del año XIII.

El "primer" Monteagudo comienza a delinear las bases de una arquitectura jurídica en la cual entendía a la soberanía como la libre (primero en términos de dominación y luego en términos de realización de derechos), espontánea (la independencia acarrea un salto de persona-vasalla a persona-libre sin una construcción cultural previa) y deliberada voluntad de cesión de derechos (en términos clásicos del

---

2 "Diálogo entre Atahualpa y Fernando VII en los Campos Eliseos".

“contrato social” roussoniano), ello en función de la independencia de toda la región de los distintos reinos.

Entre 1811 y 1815 Monteagudo reside en Argentina, y participa activamente de la vida política de la época, su pensamiento de esta época es definido, por el mismo, como de un “furioso republicanismo”) donde la LIBERTAD mantiene el rol preponderante de su doctrina, siendo en la publicación de “El mártir o libre” donde desarrolla en forma más acabada su pensamiento político,

Es discriminado por cuestiones raciales. No participa de la política en cargos ejecutivos puesto que se le impidió acceder al primer triunvirato en virtud de tener sangre “afroargentina”<sup>3</sup>, esto le permitió una mirada crítica sobre el desarrollo del incipiente gobierno libre y a su vez le da una libertad para opinar sobre temas políticos que pocos pensadores tenían en la época.

Para Monteagudo la “libertad” es el objetivo final al que debe aspirar toda la región -en su forma de independencia- y toda la población -en su forma de derecho-. Sin embargo observa con profunda agudeza política que la libertad, sin más, podía tener consecuencias tan graves como la falta de esta.

Entiende que tiranía y libertad son dos opuestos que se atraen. La libertad trae aparejada el peligro de la tiranía, siempre que el pueblo libre o liberado no tenga la fuerza o no sea lo suficientemente precavido para evitarlo “*Lo que yo veo es que el corazón humano ha sido y será siempre el mismo, que el débil ha sido en todas partes presa del más fuerte, que la violencia ha llegado gradualmente a confundirse con el derecho, que la tiranía ha nacido siempre del seno de la LIBERTAD, y en fin que el menor descuido de un pueblo lo ha arrasado muchas veces a la servidumbre*”<sup>4</sup>. Sostiene Monteagudo que la tiranía sólo es posible en la medida en que existan los esclavos, y si el pueblo no conoce sus derechos: “*No habrían tiranos si no hubieran esclavos, y si todos sostuvieran sus derechos, la usurpación sería imposible*”<sup>5</sup>.

3 Conforme Filippi Alberto “Constituciones, dictaduras y democracias. Los derechos y su configuración política.” Ed. Infojus. 1ra edición adaptada. Páginas 157/158.

4 Periódico “El mártir o libre”. Publicación del domingo 29 de marzo de 1812, página 2. (Conforme colección de la Hemeroteca de la Biblioteca Nacional Argentina. Las páginas que se citan respecto a esta publicación lo son con la numeración original, que Monteagudo decidió hacer correlativa en todos los números del periódico.)

5 Oración Inaugural pronunciada en la apertura de la Sociedad Patriótica la tarde

## El derecho que "debimos" conseguir

En esta etapa de su vida política Monteagudo comienza a dar forma al concepto "libertad" como el pilar fundamental para la independencia de los pueblos, pero no lo hace de manera abstracta, sino más bien sopesando los peligros propios de la época. En ese sentido resulta trascendente (hasta el día de hoy) la vinculación que hace Monteagudo de una especie de "acumulación originaria" de derechos y realizaciones que dan forma a la libertad, rechazando no solo la esclavitud, sino cualquier tipo de servidumbre o explotación del hombre por el hombre, con todas las consecuencias que ello implica.

Así entiendo que la "libertad" en Monteagudo es un concepto complejo y compuesto de distintos derechos y reivindicaciones sociales. Para que esta se realice es preciso un pueblo fuerte, informado, realizado en términos sociales y políticos, única manera de garantizar que su libertad no sea un espejismo que se convierta fácilmente en una tiranía.

Es para esta época que Monteagudo comienza a ser más "pragmático" se nota en su lectura política acerca de la necesidad de adaptarse a los acontecimientos de la época y no creer que un sistema político por sí puede ser mejor que otro, en pos de la prosecución del objetivo mayor, la libertad, se lee en *El Mártir o Libre*: "*Se infiere por una consecuencia demostrada que para conducir un pueblo y organizar su constitución, las reglas deben acomodarse a las circunstancias, y prescindir de las instituciones que forman la base elemental de un sistema consolidado*"<sup>6</sup>.

Continúa en la misma publicación con una postura que ya da cuenta de su flexibilidad en cuanto a la forma de obtener y sostener la libertad: "Yo no encuentro sino dos arbitrios para consolidar estas miras: declarar la independencia y la soberanía de las provincias unidas, o nombrar un dictador que responda de nuestra LIBERTAD, obrando con la plenitud de poder que exijan las circunstancias, y sin más restricción que la que convenga al principal interés"<sup>7</sup>. Pasa a ser la LIBERTAD su real horizonte revolucionario, sin importarle ya tanto el método para obtenerla. Sin embargo, no hay que caer en la tentación

---

del 13 de enero de 1812. Año tercero de la libertad de la América del Sud, página 6, artículo 1. (Colección Hemeroteca de la Biblioteca Nacional Argentina).

6 Periódico "El mártir o libre" N°1. Publicación del domingo 29 de marzo de 1812, página 4.

7 Periódico "El mártir o libre" N°1. Publicación del domingo 29 de marzo de 1812, página 5.

de calificarlo de “monárquico” pero es evidente que dicha posibilidad anidaba ya en su concepción política si era menester para lograr la libertad.

Es preciso contextualizar. Monteagudo era no sólo contemporáneo, sino también, hombre de confianza del Gral. Don José de San Martín. Es a San Martín a quien refiere Monteagudo como “El hombre” capaz de garantizar la libertad. Veamos un fragmento de su discurso de apertura de la Sociedad Patriótica: “Yo no dudo que si hubiera sido compatible con el sistema antiguo la existencia de un solo hombre capaz de hacer conocer a los pueblos de América su dignidad, el periodo de la opresión acaso no hubiera sido más durable que el de la sorpresa que causo en ellos la irrupción de Hernán Cortez y Pizarro”<sup>8</sup>.

Monteagudo observa la necesidad de un gobierno fuerte, sin el cual el pueblo perdería su rumbo y sería presa nuevamente de la tiranía, desvaneciéndose así la posibilidad de ser libre, pero no lo hace pensando en cualquier gobierno ni en cualquier persona, lo hace pensando en el liderazgo de San Martín, a quien creía acreedor de la fuerza necesaria para liberar toda América. Así escribió con motivo del segundo aniversario de la revolución de mayo de 1810: “Un pueblo enérgico bajo un gobierno débil sería tan monstruoso como si un corazón muerto pudiera animar un cuerpo vivo”<sup>9</sup>. Y luego continúa, “Y si nos creemos dignos del nombre americano vamos, vamos cuanto antes a exterminar a los mandatarios de Montevideo, a confundir al protervo Goyeneche, y salvar a nuestros hermanos del imperio de la tiranía (...) pueblo americano jurad por la memoria de este día, por la sangre de nuestros mártires, y por las tumbas de nuestros antepasados no tener jamás sobre los labios otra expresión que la independencia o el sepulcro, la LIBERTAD o la muerte”<sup>10</sup>.

Estas ideas vienen a complementar las que manifestara a principios del mismo año donde sostuvo “Confirmada por la experiencia la causa de nuestros males es tiempo de repararlos, destruyendo en los pueblos toda impresión contraria a la inviolabilidad de sus derechos (...) la

8 Oración Inaugural pronunciada en la apertura de la Sociedad Patriótica la tarde del 13 de enero de 1812. Año tercero de la libertad de la América del Sud, página 8, artículo 1. (Colección Hemeroteca de la Biblioteca Nacional Argentina).

9 Periódico “El mártir o libre” N°8. Publicación del lunes 11 de mayo de 1812, página 63

10 Periódico “El mártir o libre” N°8. Publicación del lunes 11 de mayo de 1812, página 64

*soberanía reside solo en el pueblo y la autoridad de las leyes*"<sup>11</sup>.

Gracias a sus publicaciones es posible ver cómo se moldea el pensamiento jurídico político de Monteagudo. Podemos observar en sus ideas tres cuestiones relevantes. La primera de ellas es la LIBERTAD (como meta-concepto); la segunda es la idea acerca de que el pueblo para ser libre debe ser soberano, entendiendo por soberanía el tener la autoridad de la ley (como el Rey la tenía sobre los súbditos); y el tercer elemento es que para lograr los dos anteriores es aceptable cualquier modelo político que garantice los derechos básicos de ciudadanía.

Es decir, la libertad -que se obtiene de la realización de distintos derechos sociales, culturales y económicos-, la soberanía -del pueblo- para ejercer esa libertad y la ley -y sólo la ley- como marco del ejercicio de esa libertad, son el horizonte revolucionario, sin importar el sistema político coyuntural que lo garantice.

Nuevamente hay que contextualizar que Monteagudo se dirigía a un sujeto político que no existía en la época (el ciudadano libre, educado, bien alimentado, respetado en sus derechos y con igualdad de posibilidad respecto a sus pares) y que debía formarse a la par de sus ideas.

Sin escapar a esta dificultad, comienza a escribir para este proto-sujeto político y dice *"nuestra constitución debe ser obra del voto general de los que tengan derecho de ciudadanía. ¿Quién gozará pues de los derechos de ciudadanía? (...) Todo hombre mayor de 20 años que no esté bajo el dominio del otro, ni se halle infamado por un crimen público plenamente probado, y acredite que sabe leer y escribir, y se ejercite en alguna profesión, sea de la clase que fuere, con tal que se haga inscribir en el registro cívico de su respectivo cantón, después de haber vivido más de un año en el territorio de las Provincias Unidas..."*<sup>12</sup> para completar luego el concepto sosteniendo *"...todos los hombres son iguales en presencia de la ley: El cetro y el arado, la purpura y el humilde ropaje del mendigo no añaden ni quitan una línea a la tabla sagrada de los derechos del hombre..."*<sup>13</sup>

11 Oración... página 9, primera parte.

12 Periódico "La gaceta de Buenos Aires", publicación del 10 de enero de 1812. (Colección Hemeroteca de la Biblioteca Nacional Argentina).

13 Periódico "La gaceta de Buenos Aires", publicación del 10 de enero de 1812. (Colección Hemeroteca de la Biblioteca Nacional Argentina).

Aquí comienza a definir -de manera pragmática- a qué sector de la población dirigir su arenga revolucionaria, qué sector entiende él estaba capacitado para poder tomar decisiones que no pusieran nuevamente bajo el yugo de la tiranía al pueblo. Pero no es su visión política la de instaurar una especie de “voto calificado” que de prerrogativas de sangre. Era simplemente entender quién, en la coyuntura de la época, tenía mejores herramientas para entender el ideal revolucionario.

Así a la triada libertad-soberanía-ley Monteagudo agrega, casi casuísticamente, a toda la sociedad como sujeto político de estos conceptos. No solo dice que todos los hombres son iguales ante la ley, sino que sostiene la abolición de la esclavitud y la igualdad de derechos entre estratos sociales.

Durante el breve periodo en el cual Monteagudo es exiliado en Europa (1815-1817), observa en persona y analiza, con su habitual agudeza política, la firma del tratado de la Santa Alianza.

Las impresiones que a él mismo le causa es que se dirige hacia la creación de una fuerza plurinacional que operará contra los movimientos libertarios de América, y encuentra en la defensa de la voz “legitimidad” la excusa que utilizará la santa alianza: *“Sin embargo la venganza vive en el corazón de los españoles (...) conservan pretensiones (...) para implorar en su favor los auxilios de la santa alianza dispuesta a prodigarlos a cualquiera que aspire a usurpar los derechos de los pueblos que son exclusivamente lejitimos”*<sup>14</sup> y continúa *“El restablecimiento de la lejitimidad, voz que, en su sentido práctico, no significa sino fuerza y poder absoluto, ha sido el fin que se han propuestos los aliados (...) no ya a favor de la España que nunca recobraría sus antiguas posesiones , sino a favor del principio de la lejitimidad...”*<sup>15</sup>, aquí resalta la importancia del pensamiento que viene construyendo, la única “legitimidad” es para Monteagudo, la del pueblo.

El exilio en Monteagudo, al igual que en San Martín, lo alertan acerca del nuevo peligro que implicaba la voluntad de las potencias centrales de recuperar sus colonias. Ello sumado a su espíritu práctico, lo con-

14 Ensayo sobre la necesidad de una federación general los estados hispanoamericanos, y plan de su organización. Obra póstuma del H. Coronel D. Bernardo de Monteagudo. Impreso en Lima en 1825 y reimpresso en Santiago el mismo año. Imprenta Nacional. Página 7.

15 Ensayo sobre la necesidad de una federación... Página 7.

vence de la necesidad de un pueblo americano unido en su administración y defensa; visión geopolítica que tendrá una gran implicancia en toda su obra a partir de este punto.

Durante su estadía en Chile (1817-1821) Monteagudo redacta -aunque su autoría se encuentra disputada con Zañartu- el acta de la Proclamación de la Independencia de Chile, la cual, en cuanto aquí interesa, dice "*... el territorio continental de Chile, y sus islas adyacentes, forman de hecho y por derecho, un estado libre, independiente y soberano, y quedan separados para siempre de la Monarquía de España, con plena aptitud para adoptar la forma de gobierno que más convenga a sus intereses...*". Como se observa de la simple lectura, lo relevante es la declaración de independencia, la separación de la monarquía, siendo la forma de gobierno algo secundario.

En este periodo de su vida realiza un balance general del movimiento revolucionario americano e, influido por esa visión acerca del peligro de la Santa Alianza, comienza a analizar con una mirada crítica los resultados "*... en los diez años de revolución que llevamos, hemos experimentados calamidades y disfrutado bienes que antes no conocíamos, el patriotismo ha desarrollado el germen de las virtudes cívicas, pero al mismo tiempo ha creado el espíritu de partido, origen de crímenes osados y de antipatías funestas...*"<sup>16</sup> comienza a delinear-se su idea de un Congreso de Naciones.

Regresa a Lima en 1821 (y permanece hasta 1823) donde la "lucha" más que militar era intelectual -Lima fue durante más de 10 años un fuerte "ideológico" de la monarquía española, con el apoyo de la clase dominante-, dando lugar al Monteagudo más pragmático "*Yo emplee todos los medios que estaban a mi alcance para inflamar el odio contra los españoles... este era mi sistema y no pasión: yo no podía aborrecer a una porción de miserables que no conocía, y que apreciaba en general...*"<sup>17</sup>

Existían, en la época, en Lima, tres contradicciones coyunturales que no pueden soslayarse. Por un lado, se encontraban los intereses de la clase dominante de Lima. Por el otro, los medianos propietarios pro-

---

<sup>16</sup> El censor de la Revolución, Santiago de Chile. 1818 (En Bernardo Monteagudo Obras Políticas).

<sup>17</sup> Memoria sobre los principios políticos que seguí en la administración del Perú y acontecimientos posteriores a mi separación. Página 10, párrafo 21. (Quito, 17 de marzo de 1823).

vinciales. Y por último, las clases populares urbanas, sujeto político al que se dirigían las fuerzas intelectuales de la revolución para incorporar a su causa.

Esta situación coyuntural lleva a Monteagudo a pensar la necesidad de constituir un poder ejecutivo fuerte que pudiese realizar concesiones a la clase dominante (la correlación de fuerzas no le permitía gobernar sin ella) y llevar a la clase dominada hacia un desarrollo de su conciencia social. De esta manera, no entraba en la ecuación de Monteagudo poder satisfacer al partido republicano, que representaba a los medianos propietarios y es desde esta posición en el “campo de batalla”, en el análisis estratégico que realiza, donde profundiza su idea de una monarquía constitucional “El furor democrático, y algunas veces la adhesión al sistema federal, han sido para los pueblos de América la funesta caja que abrió Epimeteo después que la belleza de la obra de Vulcano sedujo su imprudencia”<sup>18</sup>, nuevamente pensando tanto en San Martín como en Bolívar como posibles conductores de este proceso.

Puede verse que continúa con la idea del fondo por sobre las formas, siendo el fondo la libertad “... *dar la constitución a un país, es establecer la forma permanente de gobierno que debe regirlo, supuesto el conocimiento exacto de su población, de su territorio, de sus recursos para mantenerlo, y de sus relaciones naturales con los países limítrofes; Sin entrar en las demás calificaciones que miran a su aptitud social (...)* Excusado es repetir que en nuestro estado actual carecemos enteramente de alguno de aquellos datos y no podemos responder de los demás”<sup>19</sup> y agrega “Los que creen que es posible aplicar al Perú las reformas constitucionales de N. América, ignoran u olvidan el punto de donde ambos países han partido.”<sup>20</sup>

Hasta aquí hemos hecho un viaje -superficial- por el pensamiento de Monteagudo, que se ha ido construyendo y completando a lo largo del tiempo, siendo posible hacer una síntesis del mismo en la libertad como meta concepto que necesita para “ser” una serie de realizaciones político sociales de los pueblos, la soberanía para poder ejercer y defender esa libertad y la ley (aplicable a toda la población por igual)

18 Memoria... Página 9, párrafo 18.

19 Periódico “Los andes libres” Publicación del sábado 03 de noviembre de 1821 N°12.

20 Memoria... Página 23, párrafo 42.

como el marco regulatorio de esa libertad y como principio igualador (los hombres no son libres e iguales, sino ante la ley, es la ley la que los iguala, es la ley, por tanto, la que debe garantizar las realizaciones político sociales que dan forma a la libertad, y es la ley la que en última instancia debe garantizar esa libertad).

Así llegamos a su "obra póstuma" que no es más que su inconcluso ensayo sobre la "necesidad de una federación general entre los estados hispanoamericanos, y plan de su organización."

Monteagudo comienza dejando en claro la necesidad de una única mano ejecutora de la voluntad popular, "*Ningún proyecto de esta clase puede ejecutarse por la voluntad presunta y simultánea de los que deban tener parte en él. Es preciso que el impulso salga de una sola mano: y que al fin tome alguno la iniciativa cuando todos sean iguales en interés y representación*"<sup>21</sup>. Sin embargo, no puede dejar de notarse que no da por tierra la posibilidad de un sistema representativo, simplemente que considera que el estado de cosas no permite un sistema tal en dicho momento.

Como sostiene a lo largo de toda su obra, para él la independencia es el objetivo primordial: "*La independencia es el primer interés del nuevo mundo. Sacudir el yugo de la España, borrar hasta los vestigios de su dominación, y no admitir otra alguna, son empresas que esci-jen y escijiran, por mucho tiempo, la acumulación de todos nuestros recursos, y la uniformidad en el impulso que se les dé...*"<sup>22</sup>. Además de insistir con la independencia da cuenta de la necesidad de una única administración, la cual debe encargarse de dar impulso a los recursos unidos de los pueblos de América.

Esboza de manera primigenia, lo que sería un gobierno de los pueblos unidos, gobierno que entiende debe contar con representación de todos los pueblos, habla sin metáforas de un gobierno de federaciones, un gobierno confederado "*... si no nos apresuramos a concluir un verdadero pacto, que podemos llamar de familia, que garantice nuestra independencia, tanto en masa como en detalle. Esta obra pertenece a un congreso de plenipotenciarios de cada estado que arreglen el contingente de tropas y cantidad de subsidios que deben prestar los confederados en caso necesario...*", e insiste en esta forma de gobierno

21            Ensayo sobre la necesidad de una federación... Página 5.

22            Ensayo... Página 6.

que respete a todos los pueblos, aun a lo que no formen parte de la unión confederada *“El segundo intereses eminentemente nacional de nuestras nuevas repúblicas es la paz en el triple sentido que abraza a las naciones que no tengan parte en esta liga, a los confederados por ella, y as las mismas naciones relativamente al equilibrio de sus fuerzas”*<sup>23</sup>. Y sigue, *“Los grados de respeto, de crédito y poder que se acumularan en la asamblea de nuestros plenipotenciarios, formarán una solemne garantía de nuestra independencia territorial y de la paz interna. (...) La paz interna de la confederación quedará igualmente garantida desde que ecsista una asamblea en que los intereses aislados de cada confederado se ecsaminen con el mismo celo e imparcialidad que los de la liga entera”*<sup>24</sup>.

Monteagudo asignaba a esta asamblea continental (así la llama) tres grandes resultados *“Independencia, paz y garantías: estos son los grandes resultados que debemos esperar de la asamblea continental...”*<sup>25</sup>

La independencia ya era una realidad, pero no lo era su posibilidad real de subsistir, de ser una independencia en términos jurídico políticos prácticos, sino más bien que corría el riesgo de ser una independencia meramente declamativa, es por ello que precisa la independencia de la paz (la paz interior, la paz entre los pueblos Americanos) y garantías, garantías de gobernabilidad, de defensa, de capacidad económica, productiva y de desarrollo.

Son esos tres resultados los pilares para construir una verdadera independencia, sin ellos la LIBERTAD sería tan solo un patíbulo del silencio donde nos condenaría a todos los americanos, y donde quizás estemos hoy.

No fue errado el pensar de Monteagudo; la historia que sucedió después en la región da cuenta de ello. La división entre naciones que fue organizada por los poderes hegemónicos europeos debilitó la región y la mantuvieron en este estado cuasi colonial que ha marcado la historia de nuestra américa hasta la fecha.

En el contexto histórico es preciso recordar que Monteagudo mien-

---

23 Ensayo... Página 12

24 Ensayo... Página 14

25 Ensayo... Página 15

## El derecho que "debimos" conseguir

tras escribía sus textos participaba activamente de la revolución por la independencia, tanto de manera intelectual como en el campo de batalla, fue preso, condenado a muerte, rescatado, apresado, liberado, en fin, vivió en carne propia los horrores de la guerra, algo que indefectiblemente formó su carácter y su pensamiento.

Es fundamental entender la relación que se establece -en Monteagudo y en los pensadores de la época- entre dos maneras de pensar (pensar en el sentido de reflexión política), por un lado la formación académica de tipo premoderno y por el otro la necesidad de incorporar el nuevo y avanzado lenguaje político de su tiempo.

Las supuestas contradicciones del lenguaje, del pensamiento en Monteagudo encuentran, a mi parecer, fundamento en la necesidad de encontrar un sujeto político que no existía, por lo tanto, primero debía ser creado. Precisaba crear ciudadanos que se convirtieran en sujetos políticos a los cuales interpelar con su discurso, todo en un lapso de tiempo muy corto y con la paradoja que implica tener que llegar al sujeto político formado con las declaraciones realizadas para formarlo, casi una quimera intelectual.

Entiende que una república democrática se funda sobre la base de una amplia participación de la ciudadanía, y era justamente esta ausencia de ciudadanía, de derecho de ciudadano, lo que entendía contraproducente para la época. Era el sujeto político "ciudadano" el que hacía falta construir, educar y preparar para la vida independiente.

A este "problema" de carecer de un sujeto político, le suma lo que observa en su estadía en Europa, una unión de naciones decididas a recuperar la soberanía sobre los pueblos de América. Caracterizado por poseer una conciencia jurídica "empírica" que va modificando a medida que incorpora, por participar directamente en ellos, sucesos en el curso de las luchas revolucionarios entiende que la lucha por mantener la libertad lograda es una empresa aun mayor que la propia lucha por la independencia, que para ello es necesario que todo el continente se una en una nación de naciones, que esa unión les provea la fuerza que no tienen por separadas para lograr, así, la maduración que la población precisa para no volver a sufrir la tiranía de ninguna potencia, reino o estado.

"Tiempo" es lo que Monteagudo entiende necesita América para ser verdaderamente Libre, y ese tiempo solo lo puede lograr si logra una

unidad continental que tenga paridad de fuerzas con los posibles invasores a quienes en ese momento identifica como la Santa Alianza. Tiempo para educarse. Tiempo para redistribuir la propiedad Tiempo para ampliar las fuerzas productivas. Tiempo para amalgamar las distintas razas que poblaban América, catorce millones de personas que precisaban ser educadas en la libertad, en sus derechos, en una patria común.

No hay traición alguna a sus ideales, hay una visión de la realidad política, del futuro del continente que la historia se encargó de verificar. O América se unía en una sola y gran nación, o perecería ante nuevas formas de tiranía y hoy a casi 200 años de su obra póstuma estamos asistiendo a la muerte de las libertades a manos de la tiranía económico financiera que opera sobre la subjetividad del pueblo, limitando el acceso a sus derechos básicos (por lo tanto, a la libertad) y construyendo las bases de una tiranía basada en la democracia, mediante procesos como el lawfare que atraviesan toda la región.

El derecho que “debimos” conseguir de las gestas revolucionarias de principios de 1800 era el que entendía a la libertad como la suma de distintos derechos y realizaciones político sociales, la soberanía necesaria para el ejercicio y defensa de esta libertad y una ley que diera contención a todo ello, así como garantía de realización, lejos del modelo declamatorio que se ha dado a los distintos cuerpos legales en materia de derechos humanos a lo largo del siglo pasado y de este.

La “libertad” ya no en el concepto tradicional de la Revolución Francesa, sino como un derecho jurídico político de mayor complejidad que sustenta y a la vez se nutre de todos los derechos esenciales del hombre y que, por ello, debe atravesar toda la arquitectura jurídica de una nación, como garantía de independencia.

Lo que Monteagudo quería recién tuvo su desarrollo en la década del 40 del siglo pasado, un modelo político que tuviera como norte una patria grande, justa, libre y soberana.

# VI.

# La tarea de interpretar el derecho público

Por Tomás A. Rodríguez Esposito

\* Abogado egresado con Diploma de Honor “Magna Cum Laude”. Maestrando en Derecho Administrativo en la Universidad Austral. Director de Dictámenes en la Secretaría Legal y Técnica de la Municipalidad de Avellaneda. Ayudante de la asignatura Derecho Administrativo (UBA).

# La tarea de interpretar el derecho público

Por Tomás A. Rodríguez Esposito

Interpretar no consiste solamente en descubrir cuál ha sido la voluntad del creador de la regla jurídica. Ello, si bien constituye una de las posibilidades del universo de tareas que pueden llevarse adelante al momento de interpretar el significado de una norma, no siempre es viable, o suficiente.

Incluso, en nuestro derecho público federal ni siquiera sería, en algunos casos, una opción intentar descubrir cual fue la voluntad del legislador, puesto que las situaciones jurídicas que se plantean en muchos casos no se referencian con una norma concreta aplicable, ello derivado de la profusión normativa que caracteriza a nuestro derecho administrativo -federal-.

El rol del intérprete, trátase de quien interpreta una norma en ejercicio de función administrativa (en nuestro caso, el Poder Ejecutivo), o bien en el caso de los jueces y juezas que tienen la tarea de juzgar conlleva una tarea ardua, y en particular, un proceso complejo que comienza desde el momento en el que el caso particular se presenta.

Ahora bien, ¿qué es interpretar? Interpretar es aplicar el ordenamiento en un caso singular, según criterios predeterminados, más allá de sus aspectos subjetivos<sup>1</sup>. Pareciera un simple juicio de subsunción, empero resulta mucho más que ello. Se pretende trascender desde la generalidad de la norma, hacia la solución concreta del caso propuesto.

Ello nos dice, entonces, que la interpretación, entendida como un proceso, debería seguir una cierta metodología, y a su vez, condecirse con un método hermenéutico común a todos los sujetos que tienen la tarea -o la responsabilidad- de interpretar una norma.

Bien es sabido que podrían existir tantas interpretaciones de un texto

1 Balbín, Carlos F. "La Interpretación Jurídica desde la mirada del Derecho Administrativo", Santiago, ReDAE - Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 21 [julio-diciembre 2015], disponible en [www.carlosfbalbin.com](http://www.carlosfbalbin.com)

## La tarea de interpretar el derecho público

-o de una norma- como personas existen en el mundo. Se trata, sin duda, de un proceso en el cual ingresan en el campo las consideraciones subjetivas, incluso las concepciones ideológicas políticas, históricas, sociales, culturales y económicas de cada uno de los operadores que interpretan; por ende resulta difícil establecer un criterio lineal para interpretar, en el caso que se trate, una norma.

Sin embargo, a los efectos de dotar de seguridad jurídica a nuestro ordenamiento, los operadores jurídicos debemos -o al menos decimos que debemos- ceñirnos a una interpretación de las normas conforme la hermenéutica que nuestra normativa vigente nos prevé.

Ello resulta difícil en ámbitos como los del derecho público, en donde, no solo no existen reglas generales respecto de cómo deberían interpretarse las normas, sino que sobre algunas temáticas ni siquiera existen reglas generales propias.

Del mismo modo que en la casuística común del derecho público, en la hermenéutica interpretativa debemos acudir al derecho privado para establecer primigeniamente un criterio de interpretación de las normas. Véase entonces el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, que nos indica que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico”.

Si bien podríamos cerrar estas líneas con la cita textual del artículo que acompañamos en el párrafo anterior, el problema no finaliza allí, sino que mas bien comienza. Adentrémonos un poco más en las concesiones que este artículo realiza, y pasemos el tamiz de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No cabe duda que la principal forma de interpretar las normas es a partir de su lectura, teniendo en cuenta sus palabras. La interpretación literal de la ley resulta ser el método más simple y harto conocido entre los operadores del derecho. Ahora bien, no siempre la literalidad de la norma nos permitirá obtener una solución al caso planteado, y quizás tampoco nos otorgue una solución justa al caso.

Con solución justa nos referimos a que la decisión que se adopte en el caso particular no solo se condiga con el resto de las normas jurídicas

vigentes en un determinado ordenamiento jurídico, sino que también esa solución se sustente en los principios generales del derecho, respete la igualdad entre los justiciables, y garantice los derechos convencional y constitucionalmente reconocidos.

En el caso del derecho administrativo debemos agregar al listado del párrafo anterior al tan renombrado y conocido interés público y las mentadas garantías de los particulares. Harto debatido por la doctrina y la jurisprudencia, resulta claro -incluso hoy en día algunas normativas, como la ley de medidas cautelares lo reconoce- que la decisión judicial en los casos en los cuales el estado es parte no debe conculcar ni tampoco lesionar el interés público, pero tampoco debe lesionar en detrimento de este las garantías individuales de los administrados irrazonablemente.

Entendido por interés público un amplísimo panorama, de más está decir que este no se trata de los intereses de la Administración Pública, sino el interés de la sociedad en general<sup>2</sup>.

Allí entran en juego un sinfín de modos de interpretar una norma. A modo de ejemplo sobre estos modos, tomaremos los descriptos por Sagüés<sup>3</sup>, y retomados en una suerte de artículo donde Roberto Gargarella intenta criticar o completar el análisis realizado por el primero<sup>4</sup>.

En dichos artículos se resumen los distintos modos de interpretar las normas jurídicas que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado en su registro de sentencias, y se destacan entre ellos la interpretación literal, popular, especializada, intencional, voluntarista, justa, orgánico-sistémica, realista, que asume la existencia de un legislador perfecto, dinámica, telológica, conforme a la autoridad externa, constructiva, continuista y objetiva.

En este breve repaso identificamos, superficialmente, quince modos (prioritarios, puesto que los autores reconocen que existen otros que no han sido incluidos en el ensayo) de interpretar las normas. Como

2 Vease Mairal, Héctor A., "Control Judicial de la Administración Pública", vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1984.

3 Sagüés, Néstor, Interpretación constitucional y alquimia interpretativa. (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004

4 Gargarella, R. "De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina," Jurisprudencia argentina, II, 2007

## La tarea de interpretar el derecho público

aquellos más relevantes y utilizados por la jurisprudencia, podrían destacarse (1) la interpretación literal; (2) la interpretación histórica o lógica; (3) la interpretación sistémica; (4) la interpretación teleológica<sup>5</sup>.

Desde ya, cualquier modo mencionado en los párrafos anteriores podría contradecirse con otro utilizado en otro caso: no necesariamente todos los caminos llevan a Roma; entendiendo en este caso que Roma sería la justicia de la solución del caso concreto, y la decisión acorde a los principios jurídicos vigentes en el ordenamiento.

Contrariamente a lo que podría opinar Gargarella, es esperable, e incluso deseable, que existan distintos modos de interpretar las normas jurídicas -cuestión con la cual el autor inesperadamente coincide-; sin embargo, esto no necesariamente lleva, a un carnaval interpretativo -como sostiene-, sino a decisiones jurídicamente reprochables, y contrarias, por tanto, a los principios generales del derecho, al resto del ordenamiento jurídico vigente, e injustas en la solución.

Es allí donde debe ingresar la labor del juez, como interventor que tiene por tarea ponderar las circunstancias del caso y trazar el camino desde el conflicto jurídico planteado hasta el resolutorio que respete los principios generales del derecho y que, por sobre todo, priorice la armonía del sistema jurídico.

No se trata entonces de un carnaval interpretativo, sino del mismísimo ejercicio del derecho como práctica social discursiva, sobre el eje de los límites que el mismo ordenamiento jurídico establece. Si nos permitimos la licencia de considerar que existen varios discursos jurídicos entrelazados, funcionando conjuntamente y operando en los distintos niveles del imaginario social, es lógico también considerar que cada discurso podría avanzar sobre una interpretación normativa diversa, que arribe a dos soluciones distintas, y que ambas se encuentren dentro de los límites del ordenamiento vigente.

Ello difícilmente podría atacar la seguridad jurídica de un ordenamiento jurídico, mientras se mantenga como horizonte la tutela de los principios generales del derecho y por sobre todo, la justicia en la solución.

---

<sup>5</sup> Se seleccionaron estos cuatro modos toda vez que, más allá de presentarse en mayor medida en las interpretaciones realizadas en la jurisprudencia argentina y en las consideraciones de la doctrina -por ejemplo Balbín en su texto "la interpretación jurídica desde la mirada del derecho administrativo"-, el resto de los modos de interpretación referidos por los autores en cita se derivan necesariamente de alguna de las formas previstas precedentemente.

Podríamos simplificar los criterios interpretativos a, al menos, cuatro principales, como hicimos en los párrafos anteriores; sin embargo, entendemos que cualquier tarea interpretativa debe comprender al derecho como un sistema, priorizando este modo de interpretación: la validez de la tarea de interpretar recae, entonces, en lograr que la solución a la que se arriba guarde coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.

El criterio interpretativo sistémico, entonces prevalecería por sobre otros -mas no sobre el literal-, sin embargo, ello no significa que el resto deban ser dejados de lado: la tarea de interpretar no implica ceñirse, por ejemplo, solo a la voluntad del legislador al momento de dictar la norma, puesto que, si bien esta voluntad puede ser crucial para comprender y arribar a la solución del caso, la misma puede contradecir al resto de la normativa vigente en la actualidad. Allí entra en juego el criterio sistémico de interpretación de las normas.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo este criterio en varios precedentes, sin embargo, corresponde traer a colación el último párrafo del considerando 16 del fallo “Rizzo”, donde el cimiento tribunal menciona que *la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre muchos otros) pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 334:13).*

La ardua tarea de interpretar, en cabeza de la Administración Pública en nuestro derecho administrativo o en el caso de los jueces y juezas frente a casos contenciosoadministrativos, requiere, sin duda alguna, de un rol participativo del juez y ampliamente dialogal, que evite una simple subsunción del caso al texto de la norma y que obtenga, como resolutorio una ecuación matemática.

Llegamos entonces a la clave de bóveda de este trabajo: la tarea de interpretar recae, en última instancia, en la responsabilidad o irresponsabilidad del magistrado judicial que tiene a su cargo impartir justicia.

En paráfrasis con consideraciones realizadas por autores que anali-

## La tarea de interpretar el derecho público

zaron el rol que debería adoptar el juez en los decisorios, podemos hacer nuestras las palabras de François Ost, sosteniendo que el ideal que deberíamos alcanzar al momento de interpretar requeriría de un juez como “Hermes”, que en su relato se los posiciona como alguien que considera el *campo jurídico [y] se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de actores, una diversificación de roles, una inversión de las réplicas*<sup>6</sup>.

Concluyendo, la tarea de interpretar no puede ser fría, ni por tanto calculadora. Tampoco debe responder a los propios intereses, ni a los que permitan el mantenimiento de un statu quo o que perpetúen ciertas relaciones de poder.

Interpretar una norma, en nuestro derecho público, con sus conocidas deficiencias legislativas, no puede ceñirse a un procedimiento vacío de contenido que pretenda obtener una solución legal, saldando una laguna normativa por medio de la mera analogía o la subsidiariedad, métodos hartamente conocidos, o la lectura literal del texto de la norma -en el caso de que exista tal norma- o incluso, remitiéndonos a reconstruir la voluntad del legislador.

Resultaría esperable, e incluso deseable, que la tarea de interpretar nos lleve, entre otros procedimientos, a una jerarquización enmarañada<sup>7</sup> de las reglas vigentes en contraposición con el caso concreto.

Incluso, la interpretación en sí no debería ceñirse tampoco a repetir el mismo proceso en todos los casos, sino buscar la igualdad de procesos de interpretación ante igualdad de condiciones de los justiciables.

Así, y solo así, se alcanzaría la justicia en las soluciones, construyendo, por tanto, un derecho público que mire responsablemente al administrado, y que de respuestas adecuadas a los interrogantes, conflictos y desafíos que la sociedad actual plantea.

<sup>6</sup> Ost. F. (1993), “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez”, Doxa nro. 14, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, p. 4.

<sup>7</sup> Ost. J. F t M. Van de Kerchove “Creatin et application du droit. Structure circulaire du systeme juridique?”, en Jalon spur une theorie critique du droit, Bruxelles, 1987, pp 183-253.

# VII.

# A 15 años del fallo Mazzeo:

**Un aporte judicial a la construcción  
de Memoria, Verdad y Justicia.**

**Por Fernanda Maciel\***

\* Abogada administrativista. Docente UBA

# A 15 años del fallo Mazzeo

Por Fernanda Maciel

El 6 de octubre de 1989, el Poder Ejecutivo a cargo de Carlos Menem emitió el decreto 1002/89 que indultaba a los altos jefes militares procesados que no fueron favorecidos por las leyes de Punto Final y Obediencia Debida<sup>1</sup>.

En el listado de beneficiados por el decreto, se lee el nombre de Santiago Omar Riveros, ex jefe del Comando de Institutos Militares. Quien por aquel entonces, se encontraba procesado por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

Posteriormente, el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Martín hizo lugar a la presentación que se realizó, declarando la inconstitucionalidad del decreto mencionado. Dispuso privar de efectos la totalidad de actos y resoluciones dictadas en su consecuencia.

Como era de esperar, el abogado defensor de Riveros apeló. Y la Cámara Federal de San Martín revocó la decisión, en función del argumento basado en la cosa juzgada: había recaído sentencia firme acerca de la validez del indulto presidencial. Con una invención: “generó derechos en cabeza de sus beneficiarios, cuya situación habría quedado entonces consolidada”. Ello, a pesar de la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos que fueron incorporados en la reforma de 1994.

La decisión de la Cámara Federal de San Martín, también, fue recurrida en la Cámara Federal de Casación Penal. Casación Penal revocó esa sentencia y confirmó la de primera instancia que declaró la inconstitucionalidad del Decreto. Señaló que si bien el decreto fue dictado con anterioridad al reconocimiento de la jerarquía constitucional de tales instrumentos internacionales, al tratarse de delitos de

---

1 con excepción del ex-general Carlos Guillermo Suarez Mason, que había sido extraditado de los Estados Unidos.

lesa humanidad, no existían limitaciones a su juzgamiento en tiempo y espacio, y tampoco podía concederse indultos o dictarse leyes de prescripción que impidan su juzgamiento y condena.

Contra este pronunciamiento, se dedujo el recurso extraordinario federal.

La Corte Suprema de Justicia citó el fallo de la Corte IDH “Almonacid Arellano y otros” donde se había señalado que “los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo la inadmisibilidad de indultar delitos de lesa humanidad y señaló que los principios de cosa juzgada y de ne bis in ídem no resultan aplicables respecto a los delitos de lesa humanidad. Ya que no resulta procedente que la obligación de investigar y enjuiciar a los responsables “cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche...”.

# VIII.

## ¿Por qué tan blanca, Blancaflor?

**Cambio de imagen de la marca  
Blancaflor: ¿exageración de la  
“generaciónn de cristal” o un poco  
de justicia?**

**Por Alí Delgado\***

\* Abogado, Docente co titular de “Derechos de las comunidades negras desde una perspectiva afro”

# ¿Por qué tan blanca, Blancaflor?

Por Alí Delgado

La semana pasada se armó un gran revuelo en redes sociales por el «rebrandeo» de la harina Blancaflor, producto de primera marca proveniente de las huestes de la oligopólica Molinos, empresa de la poderosísima familia Pérez Companc. La harina quitó el blackface de una mujer negra de su logo y puso en su lugar dos manos de una mujer blanca, significando esto un avance o una victoria para el mundo afro pero no en términos de género.

Ahora nos preguntamos ¿Es el blackface una práctica foránea que estamos importando? ¿Es realmente importante en la lucha contra el racismo un dibujo de una persona en una marca de harina de una empresa alimenticia? ¿Por qué esto trajo reacciones conservadoras en sectores que responden a todo el espectro político? Bueno, intentaremos responder estas preguntas y algunas otras en esta nota.

Según la Antropóloga afrobrasileña Denise Braz: “El *blackface* es la caracterización de personajes del teatro a partir de estereotipos racistas. Surgió como una representación caricaturesca de esclavizados en principios del siglo XIX en Estados Unidos. Se trataba y se trata de una narrativa prejuiciosa para representar al “otro”, a través de la cual el opresor se siente cómodo para sobreponerse”<sup>1</sup>.

Esta práctica tuvo su versión local a través de la introducción por la aristocracia porteña en la comparsa “Los Negros”. En ella, jóvenes con su piel pintada de negro imitaban el *candombe* de las personas afro a partir del estereotipo del “*candombero*” como nos enseña la gran Anny Ocoró Loango en su texto “La emergencia del negro en los actos del 25 de mayo. Del negro heroico al decorativo y estereotipado”.

1 <https://www.pagina12.com.ar/126215-corcho-quema>

## ¿Por qué tan Blanca, Blancaflor?

Posteriormente, tuvo su correlato en revistas escolares para docentes que brindaban actividades, muchas veces con *blackface*, ubicando a la persona negra en lugares infantilizante, homogeneizantes y estereotipados. Por supuesto, quitándole todo tipo de complejidad a la existencia de las personas negras y siempre construyéndolas como vendedoras de empanadas, barrenderas, vendedores de velas, etc. El *blackface* no solo se limitó a las escuelas con su efecto normalizador, sino que después fue replicándose en las actividades sociales como fiestas de disfraces o actividades festivas en general. Por ejemplo, el conocido “carnaval carioca” de los cumpleaños de 15 y los casamientos con la peluca de pelo enrollado entre otros elementos.

Todo este racismo también tuvo su versión en formato dibujo en muchos logos de famosos productos de marcas del país como el caramelo Sugus, la Bananita Dolca (que hasta el día de hoy conserva el personaje de la mujer negra con forma de banana hipersexualizada junto a un mono), el jugo Carioca y otras tantas más, entre ellas la harina Blancaflor. El logo de la harina era el *blackface* de una mujer negra vestida de cocinera con cara risueña. No está de más decir que una de las actividades que más realizaban las mujeres negras esclavizadas era la de cocinar, actividad que siguieron llevando a cabo, pero ya no esclavizadas después de 1860, sino con el trabajo más precarizado del país: el de empleadas de casas particulares.

Lo que Blancaflor hizo durante muchísimas décadas fue perpetuar un estereotipo de lo que entendían los sectores conservadores blancos y porteños que eran las personas negras. Una sobre simplificación de nuestra existencia reducida a tareas que tuvieron mucho que ver con la esclavitud y que poco hacen para desarmar estas representaciones estigmatizantes. Lo que había en el logo de Blancaflor no era más que un símbolo que le recordaba a toda persona negra que su lugar era el de la subalternidad, oprimida, infantil, servil y feliz por la tarea que realizaba sin cuestionamientos. Blancaflor le traía a esa hegemonía eurocéntrica, apática y opresora el confort de saberse superior, mejor, completa y civilizada

La construcción simbólica de nuestro entorno determina la realidad que percibimos. Continuar con ese logo implicaba perpetuar el racismo y la estigmatización de una parte de la población históricamente oprimida a la que no se hace más que invisibilizar y negar su rol en la historia, construcción y sostenimiento del país. No está de más decir que esta simbología racista es violatoria del marco normativo nacional

e internacional aplicable a nuestro país, como por ejemplo el artículo 2 inciso d) de la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” que indica que “Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;”. Ciertamente nos es difícil pensar que el Estado argentino, históricamente racista, interprete esta normativa en un sentido amplio que ataque este tipo de racismo naturalizado, pero no perdemos las esperanzas.

¿Cómo podemos entonces ver que fue un avance? Por la reacción de los sectores conservadores y no tan conservadores. De repente hubo una contra reacción conservadora que ubicó al *blackface* de la harina como si fuese un símbolo patrio importantísimo. Cataratas de tweets, notas periodísticas, editoriales de la libertaria Viviana Canosa y el ultra conservador Baby Etchecopar. Evidentemente cualquier cosa que se parezca a un reconocimiento de derechos de mayorías minorizadas les toca una fibra sensible, esa que les hace notar que las cosas pueden cambiar y que perdieron alguna batalla.

¿Y qué hay como contraparte? Bueno, el reconocimiento de décadas de lucha a amplios sectores de afrodescendientes que sostienen su batalla con poco más que su voluntad en un contexto que se les muestra siempre adverso. Muchos y muchas activistas pudieron al menos esbozar una sonrisa al ver que un pequeño acto de justicia sucedió la semana pasada.

La simbología y las representación de afrodescendientes deberán ser construidas desde roles positivos que impliquen aspiraciones que le permitan a personas negras pensarse como decisoras de su futuro y constructoras de una patria más libre justa y soberana, y aunque falte mucho, que al menos no estén en lugares negativos es un paso importante.

# IX.

# Los feminismos en alerta: ni un paso atrás

Por Marina Ditieri\*

\* Abogada con orientación en Derecho Internacional Público (Universidad de Buenos Aires) – Maestranda en Derechos Humanos (Universidad Nacional de La Plata) – Especialista en Derecho de Familia (Universidad de Buenos Aires) – Diplomada en Género y Bioética Aplicada (Universidad de Champagnat) – Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de José C. Paz – Presidenta de la Comisión de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires – Secretaría de la Comisión de Derechos Humanos de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires – Coordinadora General de la revista online Género y Derecho Actual (GDA) – Ex Asesora Legal en la Secretaría de Derechos Humanos dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación – Abogada en ejercicio de la profesión.

# Los feminismos en alerta: ni un paso atrás

Por Marina Ditieri

En medio del escandaloso pedido de juicio político a los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sus integrantes -Horacio Rosatti, Juan Carlos Maqueda, Carlos Rosenkrantz y Ricardo Lorenzetti- decidieron a través de su primera acordada del año -el pasado mes de febrero- la realización de audiencias públicas. Una de ellas tendría como tema central tratar un caso de crioconservación de embriones, proponiendo un debate acerca de si estos pueden ser destruidos o no. Es decir, se cuestiona el status jurídico de los embriones no implantados y si los mismos son personas o no, junto al planteo de cuándo comienza la vida.

Puntualmente, el caso que llega al Supremo Tribunal tiene sus orígenes en los autos “P. A. y otro s/ autorización” que se inició cuando A. P. y M. M. solicitaron autorización judicial para interrumpir la criopreservación de tres embriones conseguidos a través de técnicas de reproducción humana asistida -que se encuentran en la clínica P. SA- y poner fin a la relación contractual con ella, dado que ese vínculo resulta ser indeterminado en el tiempo. Frente a ello, la clínica les informó que sólo podían interrumpir la criopreservación de embriones con una autorización judicial. La pareja se había sometido a técnicas de reproducción asistida, realizando la implantación de dos embriones y decidieron criopreservar los tres restantes. Finalmente tuvieron una niña. Años después y ya separados, tomaron la decisión de descartar los embriones criopreservados ya que no planeaban tener más hijos/as. Como se señaló, la clínica les comunicó que para ello necesitaban de una autorización judicial ante la falta de legislación.

La jueza de Primera Instancia denegó la petición, sosteniendo que por imperio del artículo 16 de la Constitución Nacional y 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, la protección del derecho a la vida comienza con la concepción, y el embrión no implantado «detenta la condición de humanidad» y la misma protección, desconociendo deliberadamente los estándares fijados por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos en «Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica», sosteniendo que tal jurisprudencia no resulta vinculante. En el mencionado caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el embrión no implantado no puede ser considerado persona, y que la concepción comienza con la implantación en el cuerpo de la mujer, ya que sin la implantación sus posibilidades de desarrollo serían nulas. Además, señaló que la protección de la vida prenatal no es absoluta, sino gradual e incremental.

El criterio elaborado por el Máximo Tribunal de la región, sí fue respetado por los jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, quienes sostuvieron que «cuando la ley habilita la creación y criopreservación de embriones y garantiza el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, está atendiendo al respeto por el proyecto de vida y la voluntad procreacional» y, en el caso en cuestión, el contrato que une a las partes obedece a su voluntad procreacional.

En cuanto a la situación jurídica del embrión, remitieron a «Artavia Murillo» y sostuvieron que las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para nuestro país, pues modifican las «condiciones de su vigencia» a las que hace mención el artículo 75 inc 22 de la Constitución Nacional e integran el llamado bloque de constitucionalidad.

Contra esta decisión, apeló la Defensora de Menores e Incapaces, elevando el caso a la Corte para que zanje la cuestión. Ante ello, la novedad del llamado a audiencia pública por parte del Supremo Tribunal para tratar la cuestión.

Ahora bien, sin discutir que la noticia pone en vilo a los feminismos, debemos permitirnos reflexionar sobre algunos puntos. Veamos.

En primer lugar, podemos señalar que ya existe jurisprudencia a nivel nacional que autorizó el descarte de embriones criopreservados ante la ausencia de un destino reproductivo. En todos los casos, las decisiones se fundaron en el artículo 4.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en la sentencia del caso Artavia Murillo contra Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien como ya se señaló se expidió en relación a definir el estatus jurídico del embrión criopreservado (Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza de fecha 30 de julio de 2018, Jueza de Familia N° 7 de La Plata de fecha 22 de abril de 2019 y Juzgado de Familia N° 8 de La Plata de fecha 30 de septiembre de 2019).

Asimismo, y con relación a la Ley N° 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo, es importante poner de resalto que en nuestro país una mujer y/o persona gestante puede interrumpir el embarazo dentro de los plazos que prevé la normativa. Ante tal decisión, prevalece su voluntad antes que el feto. Por tanto, mucho más prevalecerá tal voluntad si se la contrapone a un material genético in vitro, que no es más que un conjunto de células que al estar fuera del cuerpo de la mujer y/o persona gestante, no se constituye en persona.

Por tanto, luego de la sanción de la Ley N° 27.610, la cuestión queda saldada: en tanto, si se puede abortar hasta la semana 14 inclusive, ¿cómo no va poder descartar un embrión crioconservado antes de tal plazo? Si bien tal razonamiento pareciera ser lógico, los feminismos no dejan de preocuparse. Será que la lucha por la IVE llevo tanto tiempo que el cuestionamiento y/o planteo del Alto Tribunal pareciera ser la puerta abierta a un debate -si bien saldado- que intentaría dar nuevamente voz a los antiderechos. No obstante ello, es preciso dejar en claro que aunque se intentase discutir el status jurídico del embrión no implantado, ello no tiene efectos sobre la vigencia de la Ley N° 27.610 y mucho menos sobre el sistema de causales previsto en el Código Penal de la Nación.

A esta altura de la discusión, la remisión al vacío legal en cuanto a una norma que regule el descarte de los embriones crioconservados, deviene absolutamente fuera de lugar. No porque dicha ley no deba sancionarse y aclarar aspectos generales sobre los embriones, sino porque la sanción de la IVE ha venido a dar una respuesta concreta a la presente cuestión.

Ahora bien, efectuadas las anteriores aclaraciones, podemos reflexionar sobre algunos aspectos que parecen ser no menores. Uno de ellos, tiene que ver con la legitimación procesal de la Defensoría Pública actuante para llevar el caso a la Corte. Y aquí debemos preguntarnos ¿Es correcta esta legitimación procesal? ¿Estaría en este caso actuando en representación de un embrión? Por su parte, otro tema que resulta importante remarcar es que la presente discusión no quita seguridad jurídica a la Ley N° 27.610 que debe continuar aplicándose con absoluta normalidad.

Como conclusión, y más allá de la agenda que termine fijando la Corte, es importante remarcar que los feminismos vamos a estar siempre en la trinchera. Si la agenda llegara a plantear nuevamente una discu-

## Los feminismos en alerta: ni un paso atrás

sión en torno a la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres, allí estaremos nuevamente. Resulta imperiosa la paridad de género en la composición del Tribunal, no puede la Corte fijar agenda sobre temas vinculados a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con una composición que nos excluye.

# X.

# Cuando los jueces no cumplen las reglas:

## tráfico de influencias y lawfare en los sótanos del Partido Judicial

Por María Lucrecia Boni\*

\* Abogada.

## **Cuando los jueces no cumplen las reglas: tráfico de influencias y lawfare en los sótanos del Partido Judicial**

Por María Lucrecia Boni

El pasado domingo 04 de diciembre se dio a conocer en distintos portales de noticias el hackeo del celular del Ministro de Seguridad porteño, Marcelo D' Alessandro, a partir del cual se difundieron mensajes intercambiados a través de dos grupos de Telegram entre el Ministro y jueces, fiscales y empresarios de Grupo Clarín.

En el primero de los chats participaban, además del ya mencionado Ministro de Seguridad de la CABA, las siguientes personas.

### **Por parte del sector empresario:**

- Pablo Casey, sobrino de Héctor Magnetto y Director de Asuntos Legales e Institucionales de Telecom S.A.
- Jorge Rendo, CEO de Grupo Clarín.
- Tomás Reinke, empresario relacionado a distintos negocios de publicidad y consultoría.

### **Por parte del Poder Judicial:**

- Carlos “Coco” Mahiques, juez federal que integra actualmente la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal
- Juan Mahiques, hijo de Carlos Mahiques, actualmente fiscal general de la CABA
- Pablo Cayssials, juez nacional de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal
- Pablo Yadaraola, juez nacional en lo Penal Económico
- Julián Ercolini, juez nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la CABA

### **Por parte de los servicios de inteligencia:**

- Leo Bergroth, ex miembro de la SIDE

El grupo de Telegram que lleva el nombre “Operación Página 12”,

parece crearse a raíz de la supuesta filtración de un viaje a Lago Escondido que los integrantes habrían hecho, invitados todo pago por Grupo Clarín.

Además, según trascendió, se habrían hospedado en la conocida mansión del magnate Joe Lewis, íntimo amigo del ex presidente Mauricio Macri.

Así, los funcionarios, jueces, fiscales, y empresarios discuten cómo evitar que la noticia sobre el viaje se dé a conocer en los medios y, eventualmente, qué defensas oponer judicialmente.

Lo que llama poderosamente la atención – o no tanto a estas alturas – es cómo manifiestan haber “arreglado el asunto” con los distintos medios de comunicación, la mayoría pertenecientes al mismo Grupo Clarín que habría invitado el viaje, para que el hecho no se dé a conocer en ningún portal de noticias.

Un ejemplo al respecto es el mensaje que envía al grupo Carlos Mahiques diciendo *“No sé cómo consiguió mi cel un tal Ari Lijalad de El Destape. Me pregunta por el vuelo a Bariloche con otros colegas y Marcelo. Le contesto negando o lo dejo sin respuesta?”*.

El Ministro de Seguridad porteño le responde diciendo *“A mi me escribió y a Juan también. Ninguno le respondimos”*.

En otro mensaje, Carlos Mahiques propone *“Alguien puede hablar con Hadad para que infobae no lo levante?”*

Más adelante, el Ministro porteño anuncia, para la tranquilidad del resto de los viajeros del grupo, que *“Infobae no piensa tratar el tema”*. Agrega que La Nación tampoco, y sólo les quedaba hablar con Clarín.

Afortunadamente el CEO de Clarín es miembro de ese mismo grupo, y les responde *“Lo estamos discutiendo. Tengo reunión a las 20.00. Cualquier cosa les aviso...”*

Además de coordinar los acuerdos con los distintos medios de comunicación para que la noticia del viaje financiado por Grupo Clarín no se filtre, intentan dilucidar cómo y quién filtró la información del viaje, poniendo en el centro de la escena a la Policía de Seguridad Aeroportuaria y al Órgano de Control de Aeropuertos.

## Cuando los jueces no cumplen las reglas

Al respecto, planean presentar una denuncia contra los responsables de dichos organismos, interpretando que se trataría de un caso de espionaje ilegal a través de las cámaras de seguridad de los aeropuertos y de la documentación aeroportuaria.

Yadarola menciona como responsable a José Glinski, jefe de la PSA. En tono amenazante, el Ministro de Seguridad de la CABA responde *“Dame el gusto de ir a buscarlo con un patrullero nuestro que lo hago cagar”*, refiriéndose claramente a un patrullero de la Policía de la Ciudad, conducida por él.

Otro aspecto verdaderamente alarmante de la conversación es la propuesta del juez federal Carlos Mahiques, quien propone *“Estaría bueno instalar la idea de un espionaje con intervención de un organismo estatal de seguridad (la PSA) en los medios. Y enfatizar el fake de la noticia. Nos cargamos a la PSA”*.

Acto seguido se ponen a pensar de manera conjunta cómo adulterar pruebas ante una posible denuncia judicial. Proponen entre otras cosas conseguir que les emitan facturas con fecha anterior al viaje que deberían pagar en “cash”.

El segundo grupo de Telegram cuyo chat fue filtrado se compone de los mismos integrantes, pero ahora con el nombre “Grupo Donatto contraataca”. En este chat la conversación gira en torno a la estrategia de defensa judicial.

Ante una posible denuncia en el Consejo de la Magistratura, el juez Yadarola propone, *“(...) si se abre ese escenario en el Consejo, no convendrá provocar una investigación que nos tenga como víctimas de espionaje ilegal?”*

Carlos Mahiques anuncia que habría una denuncia penal en Bariloche y otra en el Consejo de la Magistratura.

Acto seguido, el fiscal general de la CABA les anuncia una noticia esperanzadora. *“Muchachos, acordamos que la fiscal pidiera la lista de pasajeros del vuelo de la PSA, y con eso, el oficio a la empresa para pedir las facturas”*.

Entendiendo que se refiere a las facturas adulteradas que habían consensuado en el chat anterior, para simular que habrían pagado por el viaje que hicieron, cuando en realidad habría sido pagado por Grupo Clarín.

Más adelante, para asegurar la estrategia de impunidad, Mahiques hijo consulta “*Molle, la fiscal va a pedir la factura de lago. Está ok no?*” El juez Pablo Casey responde, “*Sí Señor!*”, quedando así todos conformes.

Sin embargo, el juez Pablo Yadarola propone ir más allá y que se acuerde con la fiscal que lleva la causa que “*(...) con el pedido de sobreseimiento a la jueza, agregue que llama fuertemente la atención que la información acerca de la existencia del viaje se origina con la filtración de un documento, cuya información debía permanecer bajo la exclusiva órbita de preservación y custodia del personal de seguridad aeroportuaria (...)*”

Julián Ercolini le responde que “*Habría que ver si la fiscal se anima a hacerlo, quizá sienta que sobreactúa haciendo una denuncia o sugiriendo la extracción de testimonios. Si fuera así, estaría bárbaro. Si no, al menos que deslice como parte de los fundamentos que fue irregular la filtración de la fuente que dio origen a la noticia y posterior denuncia y nada más. Y quizás ahí puede jugar la jueza, mandando testimonios a CABA. O eso habilita a que se haga la denuncia con un anónimo por acá.*”

Ya llegando al final de la conversación, festejan alegros que, por un lado, tras haberse citado a “Nico” – quien parece haberse encargado del lado de la empresa turística de la logística del viaje – a declarar como testigo, su declaración fue buena. Por otro lado, festejan también que el juez Carlos Mahiques, integrante del grupo, haya sido declarado personalidad destacada de la Ciudad Autónoma, en el ámbito de las Ciencias Jurídicas.

Parece casi irónico y de película tragicómica que, después de haber leído cómo funcionarios de altísimo rango del Poder Judicial, un Ministro de Seguridad y un fiscal general, planean adulterar pruebas, influir en la investigación judicial en su contra y negociar con los medios de comunicación, la conversación finalice festejando la declaración de ciudadano ilustre en la Ciudad de uno de ellos.

Lo relatado desnuda lo que ocurre tras las bambalinas del poder. Resulta alevoso ver cómo, con tanta facilidad, acuerdan con otros colegas el contenido de las sentencias en las causas en las que son parte, quedando naturalmente impunes.

Para ello, cuentan con la amistad de los dueños de medios de comu-

nicación monopólicos, que se aseguran que todo quede entre amigos, y la sociedad argentina nunca pueda conocer lo que verdaderamente ocurre en las escenas ocultas de un Poder Judicial que, lejos está de la democracia que queremos.

¿Por qué era importante que no se sepa que Grupo Clarín favorece a los jueces federales con viajes de primera categoría todo pago, con quienes mantienen una relación cotidiana? O, mejor dicho, ¿por qué es importante que ello no ocurra en una democracia constitucional y republicana?

Lo cierto es que, por los cargos que ocupan en el Poder Judicial las personas involucradas, son quienes, en el ejercicio de su función pública, a menudo deben resolver controversias que, en muchas ocasiones, tienen a dichas empresas como parte actora o demandada.

Además, se trata de los mismos jueces que intervinieron en causas políticamente relevantes contra la actual Vicepresidenta de la Nación, sus familiares y funcionarios de su gestión, lo que pone en tela de juicio su imparcialidad a la hora de llevar adelante dichas investigaciones.

En febrero de 2015, el juez Pablo Cayssials tuvo que decidir sobre la solicitud del dictado de una medida cautelar para suspender la Resolución 1121/14 de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), en virtud de la cual se había ordenado la transferencia de oficio del Grupo Clarín. En su sentencia, falló a favor de Grupo Clarín, suspendiendo cautelarmente los efectos de la Resolución.<sup>1</sup>

Para citar otro ejemplo, en el año 2016 el juez Ercolini firmó una sentencia en el marco de la Causa N° 7111/10 conocida como “Papel Prensa”, donde se dispuso el sobreseimiento de Héctor Magnetto, Bartolomé Mitre, Ernestina Herrera de Noble, Raymundo Juan Pío Podestá y Guillermo Juan Gainza Paz. El objeto de investigación de la presente causa eran presuntas acciones ilícitas entre las que se encuentran la detención ilegal y las torturas de varios miembros de la familia Graiver y su entorno, como así también su propia detención en condiciones inhumanas, con el objetivo de lograr en el traspaso ilegal del paquete accionario de la empresa Papel Prensa S.A.

---

<sup>1</sup> IVNISKY BLANCK, JULIO Y OTROS c/ ENAFSCA s/AMPARO LEY 16.986; Causa N° 56650/2014.

en favor de FAPEL S.A., empresa conformada por los diarios Clarín, La Nación y La Razón.

Nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional exigen al Estado que sus jueces y juezas sean independientes e imparciales, para garantizar juicios justos. Los jueces y juezas de la Nación tienen la responsabilidad de resolver las controversias, basándose únicamente en los hechos, las pruebas que obran en el expediente, y las leyes vigentes.

Es por esto que, la información filtrada esta semana reviste una gravedad institucional inusitada, que pone en tela de juicio el desenvolvimiento de los jueces y juezas de la Nación y las decisiones que toman en el ejercicio de sus funciones. Será el pueblo argentino el que, más temprano que tarde, deberá repensar el diseño de sus instituciones judiciales para re-encaminarlas hacia un servicio de justicia transparente y democrático, que cumpla y haga cumplir la Constitución Nacional.

# Revista jurídica

Año XXIII Número I

 **ICL**Digital