FILOCAM

Julio 2025

LA REVISTA DIGITAL DEL INSTITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

VOLUMEN XXXV

Colegio de Abogados de Morón
Instituto de Filosofía del Derecho

Presidente: Jorge Omar Frega
Director: Cristian Callegari
Director adjunto: Osvaldo Nan
Co- directores: Adrián Cetrángolo
Secretario: Martín Aldax
Prosecretaria: María Eugenia Cavallo

Revista FILOCAM
Director
Jefa de Redacción y Coordinación General

Martín Aldax
Cynthia E. Callegari

Consejo de Redacción

Cristian E. Callegari - Osvaldo Nan

Staff permanente

Jorge Omar Frega - Gabriel Vignoni - Carlos Maddalena - Mariana Kaul - Mariela Blanco - Luciana Sofía Frega - Héctor Raffo - José Luis Chammah - Juan Antonio Navarro - Francisco Callegari - María Eugenia Cavallo - Pedro Janevic – Olga Mater – Marcela Leal - Carlos Birocco - Jorge Antonio Di Nicco - Elena Estela Ferrise - Pablo Fernandez Steffe - Carolina Guerfell de Grenalfe - Jorge Oscar Rossi – Gonzalo Rodríguez Naon – Paloma Gazzano – Alberto Farinati - Max Molina - Patricia A. Cozzo Villafañe - Rubén Adolfo Rosenstock

Arte de tapa

Gustavo Zambelli - Juana Illia

S U M A R I O

Presentación Filocam Volumen XXXV 4

Me reencontré con la patria – *Cristian Callegari*..... 5

Volver al futuro con Yuval Noah Harari – *Osvaldo Nan*..... 8

Resabios patriarcalistas en la realidad de los procesos proteccionales. Un remedio posible – *Héctor Raffo*..... 22

Pensando en el interes superior del niño como un principio jurídico - *Marcelo Garate*..... 43

Interrogante filosófico: ¿Es malo aquel que actúa de mala fe? - *Jorge Oscar Rossi*..... 62

Justicia Restaurativa O.R.A.C. ¿principio de solución para algunos delitos? - *Sandra Elizabeth Balzano* 78

La democracia y los movimientos sociales - *Patricia A. Cozzo Villafañe*..... 86

Educación: La crítica y ¿cómo debería ser para Arthur Schopenhauer? - *José María Novoa* 93

Presentación Filocam Volumen XXXV

Presentación FILOCAM Volumen XXXV

Me reencontré con la patria

Cristian Callegari [1]

Estamos recorriendo con mi compañera nuestro país, y este mes de julio de 2023, decidimos viajar al noroeste argentino, recorriendo Santiago del Estero, Tucumán, Salta y Jujuy. Los olores, texturas y paisajes deslumbrantes hicieron que me reencuentre con el ser argentino.

La tranquilidad, parsimonia, tonadas y sonrisas de los habitantes me generaron empatía y sentido de pertenencia que nunca experimenté en el conurbano y menos en la ciudad de Buenos Aires.

Artistas como Cruz y Ocampo en Amaicha del Valle con sus obras estremecen; el Museo Pachamama y la reinterpretación de los ancestros de esta tierra me hicieron elevar a otra dimensión y las ruinas de Quilmes y su trágica historia desgarraron mi alma.

La quebrada de Cafayate, su hermosa ciudad; las yungas y quebradas jujeñas; Salta y su aire aristocrático, San Miguel de Tucumán y su posición central marcan pequeñas diferencias dentro de un todo superior.

Se respira el respeto por los ancestros, los próceres y la historia. Hay misticismo, tierra, aire, fuego y agua, unidos.

[1] Cristian Callegari, es abogado y procurador (UBA), fue vicepresidente 1ero. del CAM (2006/2008), fue consejero del CAM (2006/2014), es Director de la Caja de la Abogacía (2018/2026), es revisor de cuentas y miembro del consejo directivo de la AAT, asambleísta en el CPACF,, diplomado en Filosofía jurídica y función judicial (CEJ/USI), además fue profesor de Filosofía del Derecho en la UBA y la UM, preside la Comisión de sistemas informáticos de la Caja de la Abogacía, es el director del Instituto del Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón y el Vice Director del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, , además de un dirigente colegial desde hace más de treinta años.

Sus ciudades hermosas, coloniales y religiosas son otras formas de elevación. Donde la gente siempre flota, al ritmo de una guitara, un bombo, una quena, un violín o un siku.

Santiago es una ciudad antigua, prolija, austera y ordenada, es la Madre de Ciudades, porque fue el primer asentamiento religioso de nuestro país, San Salvador de Jujuy demuestra devoción y agradecimiento a Belgrano y su gesta por haber cuidado a la incipiente patria de los ataques altoperuanos allá por 1812, en el altar de las banderas pudimos impregnarnos del profundo respeto por la enseña patria más antigua que existe.

Amaicha y los Valles Calchaquies son nuestra raíz originaria, representan todo lo que era nuestra patria antes de la llegada de los europeos, muchas tierras tienen aún como títulos, cédulas reales concedidas por los reyes españoles.

Sus empanadas, picantes, tamales, humitas, guisados, sus vinos, sus postres y quesos. Todo tiene un sabor argentino. Nada es universal, ni cosmopolita.

Todo tiene sabor local, casero, autóctono.

El culto por sus vírgenes, santones, sus mitos y leyendas acrecientan aún más la localía y poca permeabilidad a lo foráneo, como si esa rebeldía contra la conquista estuviera instalada en el ADN, de sus habitantes y su entorno.

En esta región, y a partir de lecturas como la de Enrique Dussel y Mario Casalla, nos damos cuenta, MÁS que nunca, de que la dominación y la conquista fueron dónde se generó y se construyó una subjetividad que implica a uno como señor y a otra como esclava.

Aquí se puede tocar como una cultura dominó a otra, con fuerza, poder, con sangre y fuego.

Nuestra filosofía europea se descentraliza y comienzan a atraparnos otras preguntas, y repensar todo desde los oprimidos y los débiles, desde la periferia.

Y el primer paso es sentirnos argentinos, sentir nuestra patria siempre y en todo lugar y como se ha dicho que Dios está en todos lados, pero atiende en Buenos Aires, puedo afirmar sin miramientos que en el noroeste es donde nació la patria.

Volver al futuro con Yuval Noah Harari

Relaciones entre la historia y el futuro de la humanidad.

Osvaldo Nan[1]

Nacido en 1976 en Haifa, Israel, doctorado en Oxford, catedrático la Universidad Hebrea de Jerusalén, Yuval Noah Harari es un historiador y filósofo, autor de varios de los textos más vendidos de los últimos tiempos como *Sapiens. De animales a dioses*, *Homo Deus. Breve historia del mañana* y *21 lecciones para el siglo XXI*, y ha ganado cantidad de premios por sus tesis, pero además se ha constituido en el pensador más consultado por líderes de todo el mundo en la actualidad.

A pesar de sus discutidas y controvertidas tesis como las relativas a la crisis del Covid 19; o la disputa del occidente de la OTAN frente a China y Rusia; su pensamiento nos abre la cabeza y nos hace pensar en tantísimas cuestiones que otros pensadores no alcanzan ni a expresar.

En el marco de una de sus grandes preocupaciones de cara al futuro, que es la tecnología, Harari entiende que, gracias al Big Data, la Inteligencia Artificial y el aprendizaje automatizado, por primera vez en la historia empieza a ser posible conocer a una persona mucho más de lo que ella misma se conoce a sí misma. Pero además que en este marco es posible hacer realidad una expresión que el mismo utiliza a menudo *"… hackear a seres humanos…"* o sea, pasar a decidir por ellos.

1 Abogado; director Adjunto del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM, ex Docente del Dpto. de Filosofía de la Facultad de Derecho UBA; ex Docente de la Escuela de Gobierno dependiente del INAP; ex director del Instituto de Derecho Municipal del CAM. Docente de la UNPAZ.

Según opina, el ser humano empieza a tener el conocimiento biológico necesario para entender qué está pasando en su interior, en su cerebro, cada vez con una mayor comprensión de la biología. En ese marco cobra preponderancia, la cuestión de los *datos biométricos*, ya que no se tratan solo de lo que dejamos cuando damos clic en la web, sino también de los datos que hacen al interior de nuestro cuerpo, tal como aquellas aplicaciones que reúnen información constante sobre la tensión arterial, las pulsaciones y tantas cosas más.

Hoy cualquier gobierno con el poder informático/tecnológico suficiente, puede a través del seguimiento de los datos biométricos de sus gobernados, conocer al ciudadano de una manera que nunca había sucedido. A partir de dicha información, se puede manipular y controlar de una forma tan efectiva como jamás había sucedido en nuestra civilización. Pensemos por un momento, que la publicidad hoy se diseña de forma individual, porque existe suficiente información sobre cada uno de nosotros como para poder hacerlo de tal manera. Desde las significativas tensiones que pueden generarse a partir de generar los conflictos con los migrantes, emprendiendo una embestida de *hackers* y *trolls* en las redes que difunden noticias falsas personalizadas, hasta otros extremos también reveladores, pero de inmensas escalas como lo sucedido en las elecciones de EEUU de 2016[2], o en la campaña del Brexit en 2020.[3]

Harari entiende que se están reescribiendo las reglas del juego, y desde su óptica crítica, hoy estamos presenciando experimentos aplicados

[2] El escándalo de Cambridge Analytica, comenzó con un aparentemente inocente test de personalidad en la red social Facebook, y derivó en acusaciones de robo de datos, interferencia política y chantajes con prostitutas, para recolectar información privada de millones de usuarios sin que lo supieran, y utilizarlo en las elecciones presidenciales en favor de Trump contra Hillary Clinton.

[3] Otra elección manipulada con los datos de Facebook, y por la cual el Reino Unido no habría votado salir de Europa sin tal intervención.

sobre millones de personas, pero sin saber realmente hoy cuáles serán las consecuencias.

No tenemos nada predeterminado en la manera de lidiar con tamañas crisis como la sucedida recientemente con el coronavirus, que nos azoto globalmente en instancias recientes. Pero además las decisiones que tomemos van a tener un impacto por años y probablemente décadas, y esto necesariamente va a reconfigurar el planeta.

La principal preocupación de Harari, según suele manifestar en reportajes y artículos periodísticos, es que, debido a consideraciones cortoplacistas, la gente pueda tomar decisiones equivocadas. Suele repetir "*…lo que elijamos en el próximo mes o dos cambiará el mundo durante años o incluso décadas…".*

La historia se está acelerando, y el *"…viejo libro de reglas…"* está quedando sin efecto. Pero, asimismo, el nuevo libro todavía se está escribiendo. Nos encontramos frente a nuevas realidades de impacto social, donde los gobiernos y las personas individuales, están intentando hacer cosas que hace unos pocos meses hubieran sonado totalmente imposibles. Una sensación de que está emergiendo un nuevo orden que comienza incluso a solidificarse, y, por tanto, el momento de influir en la dirección de la historia, seguramente sea este. Hay ciertos pensadores que se han enfocado a analizar o simplemente plantear los desafíos que enfrentará la humanidad en un futuro próximo. Recordemos el caso de Alvin Toffler, futurólogo estadounidense fallecido en el 2016, que entre sus obras más conocidas están *El shock del futuro* y *La tercera ola*.[4]

[4] Alvin Toffler cautivó a millones de personas en todo el mundo con sus pronósticos sobre muchas cosas, desde la creación de internet hasta una nueva ola de consumo de drogas y crímenes. La obra de Toffler captó la atención de figuras internacionales de su época, incluido el líder soviético Mikhail Gorbachov, el primer ministro chino Zhao Ziyang y el empresario mexicano Carlos Slim, todos los cuales buscaron asesoría del gurú del futuro.

Como el personaje del prisionero interpretado por Bruce Willis en la película *12 monos*[5], que viaja en el tiempo para reunir información sobre el brote de un virus que desde entonces ha diezmado a la población humana, pero que al hacer esto inadvertidamente desencadena la propia cadena de eventos que lleva a ese horrible resultado; el historiador israelí Yuval Harari en su libro Homo Deus, se encuentra en una búsqueda igualmente trágica.

Mientras que en su anterior *Sapiens*, Harari presentaba un amplio y emocionante relato de la historia de la especie humana, en *Homo Deus* prometerá nada menos que una breve historia de nuestro futuro.

Sapiens de animales a dioses.

Sapiens. Breve historia de la humanidad, se publicó en 2014, convirtiéndose en todo un éxito internacional, con más de 23 millones de ejemplares vendidos. Estuvo en la lista de los diez *best sellers* del New York Times, durante más de seis años, además de haber sido recomendado por Barack Obama y Bill Gates, entre muchos otros fanáticos lectores. El diario inglés The Guardian fue otro de los importantes periódicos del mundo que consideró Sapiens como una revolución en el género de la no ficción.

En ese texto, Harari aborda el concepto de la ley y el desarrollo humano a lo largo de la historia, argumentando que una de las principales razones por las que los humanos hemos sido capaces de crear sociedades complejas, es por nuestra la capacidad para construir leyes y reglas que regulan la conducta humana. Estas nos permiten cooperar en grandes grupos y coordinar actividades complejas, cuestión que ha sido fundamental para el desarrollo de nuestra civilización.

[5] 12 monos (Twelve Monkeys), film del director Terry Gillian, donde un presidiario del futuro (Bruce Willis) es enviado a principios del siglo XXI para que investigue el origen de una plaga que diezmará el género humano.

También aborda el desarrollo humano a lo largo de la historia, desde la aparición de los primeros seres humanos hasta la actualidad. Argumenta que este ha sido impulsado en gran medida por la capacidad humana para crear y compartir historias y mitos, los cuales han unido a las personas y les han dado un sentido de propósito y comunidad. Destaca también la importancia del desarrollo de técnicas como la agricultura, la escritura, la ciencia y la tecnología, en el avance de la civilización humana.

El texto, explora la historia de la humanidad, desde la aparición de los primeros seres humanos hasta la actualidad. Analiza cómo los humanos han evolucionado y han sido capaces de construir sociedades complejas, así como los retos que han enfrentado en el proceso.

Harari sostiene que los humanos se diferencian de otras especies animales por su capacidad de crear y compartir historias, mitos y religiones que han unido a las personas y les han dado un sentido de propósito y comunidad. Además, el autor argumenta que la capacidad de los humanos para cooperar en grandes grupos ha sido fundamental para el desarrollo de la civilización humana, y que esto ha sido posible gracias a la creación de leyes y normas que regulan la conducta humana.

Harari discute el papel fundamental de la ley y las normas en el desarrollo de la sociedad humana, así como el impacto de los avances tecnológicos y culturales en la historia humana.

El destaca que la agricultura fue un punto de inflexión crucial en la historia de la humanidad, ya que permitió la creación de sociedades sedentarias y el surgimiento de las primeras civilizaciones. La escritura, por su parte, permitió la acumulación y transmisión de conocimiento, así como la creación de nuevas formas de organización social y política.

Considera que la tecnología ha transformado el mundo, desde la Revolución Industrial hasta la era de la información y la IA. Además, explora los desafíos a los que se enfrenta la humanidad en la actualidad, incluyendo la desigualdad económica, el cambio climático y la amenaza de la guerra nuclear, en el marco de reflexionar sobre el futuro de la especie humana.

En su abordaje del derecho, el poder, el estado y las prácticas sociales que generan ley, Harari sostiene que una de las principales características de la humanidad es su capacidad para crear y seguir leyes y normas que regulan la conducta humana. Estas leyes y normas son la base de la cooperación humana en grandes grupos y son necesarias para la creación y el mantenimiento de sociedades complejas. Respecto del poder y la narrativa: *"…El poder no se basa solamente en la capacidad de forzar a la gente a hacer cosas, sino también en la capacidad de hacer que la gente quiera hacer esas cosas…".* [6]

En cuanto al poder y el estado, Harari argumenta que estos son el resultado de la capacidad humana para crear mitos y narrativas que han permitido la creación de estructuras políticas y sociales. Según el autor, los humanos han construido sociedades jerárquicas en las que algunos individuos tienen más poder y autoridad que otros. A lo largo de la historia, estos sistemas políticos han evolucionado y han dado lugar a una variedad de formas de gobierno, desde las tribus nómadas hasta los imperios y las democracias modernas. Particularmente sobre el surgimiento del poder y la autoridad: *"…En el momento en que un gran número de extraños se unen en un solo lugar, necesitan acuerdos y reglas claras para mantener la paz y la cooperación. Estos acuerdos y reglas son el fundamento de cualquier tipo de poder político…"*[7]

[6] Yuval Noah Harari Sapiens: De animales a dioses. Ed. Debolsillo 2023 ISBN: 9788466372794; pág. 279

[7] Ibidem anterior; pág. 207.

Las prácticas sociales generan ley y normas. Según el autor, las normas sociales surgen de la necesidad de mantener la cooperación en un grupo y se refuerzan mediante mecanismos de recompensa y castigo. Las prácticas sociales también pueden generar normas que se convierten en leyes, como sucede con las prácticas religiosas y las tradiciones culturales que influyen en la legislación. *"…Las leyes y las normas no son simplemente órdenes arbitrarias dictadas por el rey o por los legisladores. Son reglas complejas de conducta que han evolucionado gradualmente a lo largo del tiempo…"*[8]

En general, Harari ofrece una perspectiva amplia y detallada sobre el papel del derecho, el poder, el estado y las prácticas sociales en la historia de la humanidad. El autor muestra cómo estos conceptos han evolucionado y han influido en la forma en que los humanos han construido y mantenido sus sociedades a lo largo del tiempo.

Harari sondea acerca del poder, el estado y el derecho, en una amplia variedad de fuentes, que van desde la Antigua Grecia y Roma hasta los pensadores modernos como Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu y Max Weber. Sin embargo, es importante tener en cuenta que Harari no se limita a un solo enfoque teórico enfrascado en una escuela de pensamiento, sino que utiliza una variedad de enfoques y perspectivas para analizar estos temas de manera más amplia.

En *Sapiens: De animales a dioses*, su autor, Yuval Noah Harari[9] describe la evolución de la humanidad desde la aparición de los primeros seres humanos hasta la actualidad. El autor argumenta que la historia de la humanidad se puede dividir en tres revoluciones: la cognitiva, la agrícola y la científica. Además, discute temas como el surgimiento del lenguaje, la

[8] Ibídem anterior; pág. 208

[9] Yuval Noah Harari, Sapiens: De animales a dioses, Editorial: Debate, 2015, ISBN: 978-8499926223

religión, la política y la economía. En términos legales, el libro muestra cómo la humanidad ha creado sistemas de ordenamiento jurídico y político para regular su comportamiento y resolver conflictos, y cómo estos sistemas han evolucionado y se han adaptado a lo largo del tiempo. En resumen, *Sapiens* ofrece una mirada fascinante y profunda a la historia de la humanidad y su impacto en el mundo actual.

En el texto en cuestión, Harari también aborda la evolución de las sociedades humanas desde una perspectiva política y legal, enfatizando la relación entre el Estado y los individuos. El autor argumenta que el surgimiento del Estado moderno es un hito importante en la evolución de la humanidad, ya que el Estado se ha convertido en la entidad responsable de garantizar la seguridad, la justicia y el bienestar de sus ciudadanos.

Analizando cómo se han organizado jurídicamente las sociedades humanas a lo largo del tiempo, el autor destaca cómo las primeras sociedades humanas se basaban en normas informales y en la cooperación entre individuos y grupos, pero con el tiempo se desarrollaron sistemas más complejos y formales para resolver conflictos y establecer el orden social. [10]

Harari también examina la relación entre la religión y el derecho, argumentando que la religión ha sido un componente clave de muchos sistemas jurídicos y políticos a lo largo de la historia. En particular, señala cómo el derecho divino fue utilizado para justificar el poder de los monarcas. Pero con el tiempo, la separación entre la iglesia y el estado constituyo un paso importante hacia la creación de sistemas jurídicos seculares.

El libro también examina la evolución de los derechos humanos y la igualdad, argumentando que estas ideas son relativamente nuevas en la

[10] Sobre la relación entre las prácticas sociales y las leyes: *"…Las prácticas sociales que se refuerzan mutuamente a través del tiempo pueden convertirse en normas, y las normas que se refuerzan mutuamente pueden convertirse en leyes…"*Yuval Noah Harari Sapiens: De animales a dioses. Ed. Debolsillo 2023 ISBN: 9788466372794; página 209.

historia de la humanidad y que su implementación aún es incompleta. Nuestro autor, va a sostener que los derechos humanos y la igualdad son esenciales para una sociedad justa y sostenible, y que su protección debe ser una prioridad para cualquier sistema jurídico y político.

Analiza también, cómo el Estado moderno ha creado y aplicado leyes y reglamentos para regular la conducta humana, y cómo estas normas legales han evolucionado a lo largo del tiempo. Asimismo, destaca que el poder del Estado se ha visto reforzado por la creación de sistemas judiciales, policiales y militares, y por el uso de la fuerza en lo que a la aplicación de la ley se refiere.[11]

Por otro lado, Harari también examina las tensiones que existen entre el Estado y los individuos, y cómo estos conflictos pueden manifestarse en movimientos sociales, revoluciones y otros eventos históricos. Además, destaca que la relación entre el Estado y los individuos puede variar significativamente en diferentes culturas y sociedades, y que estas diferencias pueden ser el resultado de factores como la religión, la historia y la geografía.

En resumen, *Sapiens* ofrece una visión integral de la evolución de las sociedades humanas desde una perspectiva política y legal, incluyendo la relación entre el Estado y los individuos. Una perspectiva única sobre la evolución de la humanidad y cómo los sistemas jurídicos y políticos han evolucionado para adaptarse a las necesidades y desafíos de las sociedades humanas a lo largo del tiempo.

Destaca la importancia del Estado en la creación y aplicación de leyes y reglamentos para garantizar la seguridad, la justicia y el bienestar de los

[11] *"…El Estado moderno es el resultado de una larga evolución, que se inició hace unos 5000 años en Mesopotamia y Egipto…"* Yuval Noah Harari Sapiens: De animales a dioses. Ed. Debolsillo 2023 ISBN: 9788466372794; página 204.

ciudadanos, pero también reconoce las tensiones y conflictos que pueden surgir entre el Estado y los individuos. Destaca la importancia de la cooperación y el orden social en la creación y mantenimiento de sistemas jurídicos y políticos justos y sostenibles.

Algunas miradas sobre Harari.

Podríamos puntualizar probablemente tres facetas que representan a Harari. La primera es el hecho de que es un historiador profesional especialista en historia medieval militar, o sea un especialista en un área muy concreta de las ciencias sociales. En segundo lugar, es un autor que ha tenido la capacidad de crear sucesivos de *best seller*, etapa que arranca con su *Sapiens*, primero en hebreo y luego en su traducción al inglés.

Por último, está el Harari de las conferencias TedX, de los videos de YouTube, el escritor mediático, que está en boca de los grandes líderes mundiales.

Por eso justamente hablamos de él, ya que ese tipo de escritor que ha vendido muchísimo, y que además ha sido comentado hasta el hartazgo.

Porque Harari es sin lugar a dudas un gran divulgador de cuestiones, que con otro interlocutor en su lugar pasarían sin difusión. Sin embargo, lo que plantea no es en rigor algo totalmente novedoso, ya que estas grandes síntesis de la historia de la humanidad, que se han bautizado de distintas maneras según distintos enfoques historiográficos, se vienen haciendo desde ya hace 25 o 30 años.

Tal el caso de la denominada biohistoria, que es una escuela de historiografía relativamente nueva, que cuenta en Jared Diamond[12], como

[12] Jared Mason Diamond es un geógrafo y escritor estadounidense de literatura científica, biólogo, fisiólogo evolucionista y biogeógrafo. Es doctor por la Universidad de Cambridge, Reino Unido, y profesor de geografía en la Universidad de California en Los Ángeles

uno de los representantes más notorios . Y es justamente ese autor, uno de los inspiradores de Harari y, además, uno de sus grandes avales, al menos editorialmente hablando, ya que aparece en las contratapas de Harari recomendándolo. La biohistoria se define, como un *"…sistema coherente de conocimiento, o campo de estudio, que refleja la amplia secuencia de acontecimientos en la historia de la biosfera y de la civilización, desde el comienzo de la vida hasta la actualidad…"*[13]

También la denominada *neurohistoria*, que es un enfoque de la llamada historia profunda.[14] La historia mundial, la web history, que no es la historia global sino que allí hay clivajes historiográficos que no viene al caso desarrollar ahora, pero que tienen en común dos rasgos fundamentales uno es la gran escala cronológica y espacial y lo segundo es la elaboración de la interpretación histórica sobre la base de ciencias naturales, biológicas y neurociencias; que es justamente lo que hace Harari en sus trabajos, fundamentalmente a partir de *Sapiens* y después lo prolonga en algo que ya no es historia o que no es sólo la historia.

Esta mirada representa un acontecimiento literario que se inscribe en una corriente, en un tipo de pensamiento y de escritura de la historia, que no inaugura Harari, sino que tiene por varias décadas de existencia, fundamentalmente en el mundo anglosajón. Encontramos historias que no son escritas por historiadores, lo cual marca probablemente una particularidad de Harari. Tal el caso de Diamond, que es entomólogo de origen, así como los hay paleontólogos y de diversas disciplinas o

[13] Así la define el biohistoriador australiano Stephen Boyden

[14] La historia profunda (en inglés: Deep history) es un concepto historiográfico que alude al pasado más remoto de la historia humana dentro del tiempo profundo.1 Forma parte de la filosofía de la gran historia, como análisis de sus etapas más tempranas, tratando de superar la visión historiográfica tradicional de la prehistoria con un enfoque más amplio, multidisciplinar y que abarca una historia global y no lineal desde el Big Bang con el análisis de patrones estructurales. Es un concepto discutido por la comunidad historiográfica y con poca tradición más allá de círculos anglosajones

primatólogo, que en determinado momento se dedican a producir obras del mismo tenor

¿Ahora bien, que profundidad, además de novedad, tiene el discurso de Harari? ¿Podríamos decir que Harari es una especie de intelectual analgésico? Es decir, un discurso donde no encontraremos demasiadas cuestiones que no nos suenen familiares, lo cual tendera a tranquilizarnos. Pero esta cuestión no es patrimonio exclusivo de Harari, ya que podemos encontrarlo en algunos otros intelectuales también muy taquilleros de estos días, como el caso de Byung-Chul Han[15] o Josep María Esquirol[16]

A pesar de que los críticos de Harari, y con bastante fundamento, entienden que su relato es en definitiva se asemeja a una compilación de lugares comunes, no se le puede restar a Harari que lo que dice es bien interesante. Sus abordajes acerca de las nuevas tecnologías, resultan importantes ya que, si bien no son cuestiones de interés de todo el mundo, sin embargo, sus aplicaciones afectan la totalidad.

Harari transita lugares comunes divulgativos, que le confirman a mucha gente lo que ya antes sabían, aunque sin embrago no todos esos temas son accesibles al común de la gente, por lo que gracias a sus miradas se logra poner a tales individuos en lectura y análisis de temas como el transhumanismo, la neurociencia o la libertad.

Suele recibir críticas porque parece intentar una historia basada en conocimientos científicos de ciencias de la naturaleza biológicos etc., cuestión que implica una operación extraordinariamente problemática, ya que implica transformar en cosas, cosificar un saber que por definición es

[15] Byung-Chul Han es un filósofo y ensayista surcoreano experto en estudios culturales y profesor de la Universidad de las Artes de Berlín

[16] Josep María Esquirol Calaf, es filósofo, ensayista y catedrático de filosofía de la Universitat de Barcelona. Dirige el grupo de investigación Aporía, cuyo campo de estudio se centra en la filosofía contemporánea y, más concretamente, en la relación entre filosofía y psiquiatría.

cambiante. Proponer interpretaciones respecto del neolítico, de las guerras medievales o el consumo de café en el siglo XVIII, sobre la base de las neurociencias contemporáneas o de la biología molecular, involucra considerar que dichas disciplinas científicas, están fuera de la historia, lo cual es falso.

No es posible quitar el saber sobre la base del cual estoy dando una interpretación histórica, de la condición histórica de producción de ese saber. Es como si hiciéramos la operación absurda de efectuar análisis en términos de salud, o bien psicoanalíticos, respecto de momentos de la historia pasada. Esto implica justamente considerar que el psicoanálisis es un objeto de la naturaleza, y no una teoría. Es un saber que está situado, tal como todo lo demás, en la historia. Nada está fuera del tiempo, y por lo tanto nada está fuera de su tiempo. Probablemente estas cuestiones constituyen los pies de barro de este tipo de operación a.

Pero, además, esta operación, al tratarse de historia de las ciencias, remite a la categoría de revolución científica como algo que se produce allá por los siglos XVI o XVII, cuestión que en historia de las ciencias ha sido profundamente cuestionada, revisada y descartada. Es decir que en términos de trabajo propiamente historiográfico tanto como epistemológico, *Sapiens* ya en su aparición, se encontraba 40 años atrasado en esa materia.

Un último punto para interpelar, sería el cruce de la ciencia y la religión en Harari. No es precisamente un problema de ser ateo o creyente, ya que cuando efectuamos nuestro trabajo hermenéutico desde el análisis filosófico o político, no podemos ignorar que, al trabajar sobre un periodo determinado, debemos tener en cuenta el papel fundamental de las sociedades de dichos tiempos, que en lo que hace a civilización, han sido particularmente religiosas. En función de ello si pretendemos que la ciencia

está por fuera de aquella sociedad tan intensamente religiosa, me estoy perdiendo partes importantísimas de la cuestión.[17][18]

[17] Pero además, tengo un gravísimo problema: como clave interpretativa del trabajo historiográfico, en la mirada de la historia del conocimiento, decir que el medioevo es un periodo donde todos estaban a oscuras, y vino en la luz en el siglo XVII, es realmente un relato, que en definitiva soslaya la pugna entre la iglesia y el poder emergente en aquellos tiempos.

[18] Bibliografía recomendada de Yuval Noah Harari:

- Renaissance Military Memoirs: War, History and Identity (Woodbridge: Boydell & Brewer, 2004)- ISBN 978-184-383-064-1
- Special Operations in the Age of Chivalry, 1100–1550 (Woodbridge: Boydell & Brewer, 2007) - ISBN 978-184-383-292-8
- The Ultimate Experience: Battlefield Revelations and the Making of Modern War Culture, 1450–2000 (Houndmills Palgrave-Macmillan, 2008 - ISBN 978-023-058-388-7
- Sapiens: De animales a dioses: Una breve historia de la humanidad (, Debate, 2014) - ISBN 978-8499924212
- Homo Deus: Breve historia del mañana (, Debate, 2016) - ISBN 978-8499926711
- 21 lecciones para el siglo XXI (Debate, 2018) - ISBN 978-8499928678

Resabios patriarcalistas en la realidad de los procesos proteccionales. Un remedio posible

"Vísteme despacio que estoy apurado" (Pedido de Napoleón Bonaparte a su ayudante de cámara, Paris 1805)

Héctor Raffo[1]

Introducción

Tanto la legislación nacional como las provinciales contienen procedimientos propios tendientes a proveer protección a personas en situación de vulnerabilidad en el ámbito familiar.

Esta situación de vulnerabilidad se visibiliza cuando los conflictos intrafamiliares alcanzan un grado tal de gravedad respecto de algunos de sus integrantes, justifica o amerita la intervención de agentes externos sea en el ámbito administrativo como judicial siempre que la crisis sea verosímil, actual y existiese peligro en la demora.

Cuando la intervención en el espacio administrativo no alcanza a detener o hacer superar esa situación, queda a cargo de los organismos jurisdiccionales especializados la aplicación de la normativa vigente en materia de violencia familiar, infancia o de género.

[1] Héctor Raffo, fue Juez de Menores. Director Honorario del Instituto del Niño del Colegio de Abogados de Morón. Ex presidente de la Asociación Argentina de Magistrados y funcionarios de la Justicia de Menores. - Ex director de la Tecnicatura en Minoridad y Familia de la UNLZ. Ex evaluador académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires.

Entiendo que la caracterización de la situación de violencia familiar comprende o prevé la protección no solo de quien sufre directamente el daño físico o emocional, sino que se extiende a los hijos o demás miembros vulnerables como víctimas secundarias del destrato.

Me detendré a analizar la situación en el ámbito jurisdiccional conforme las normativas emergentes del derecho de fondo y de forma actualmente vigentes.

Previo a adentrarnos en el análisis de los resultados de dichas normas en la vida cotidiana, habré de incursionar en las posturas denominadas corrientes críticas del derecho. En sentido seguimos a Duquelsky en cuanto sostiene que en la actualidad analizar los tipos legales tal como están escritos, reproducen una afiliación cerrada al positivismo jurídico.-

Dice el autor que" una parte importante de la crítica al positivismo puede ser leída también como denuncia frente a las promesas incumplidas de la modernidad. Y en esa línea se desarrollan trabajos que van desde Bobbio a Ferrajoli, pasando por Habermas y tantos otros. La pregunta que debe hacerse desde América Latina es el modo en que la modernidad nos ha sido impuesta y la posibilidad de rehacer algo que nunca fue (Duquelsky, Diego, Ejes para delinear un pensamiento crítico latinoamericano, Revista de Derecho en acción Año 5 Nº 14, 20/32020).

Lo dicho, reitero no implica de manera alguna tocar los cimientos teóricos de la Teoría Penal enrolada en la necesaria remisión al tipo legal.

Muy por el contrario, y sin dejar asimismo de adherir a la doctrina del derecho penal mínimo, vemos que la realidad nos muestra el notable déficit normativo y argumentativo dominante, ante inconductas que mueven a la opinión pública a descreer del camino integrado por la normativa vigente, y las decisiones judiciales en la materia.

La población alarmada al conocer casos conmovedores, se alarma en lo inmediato, cual nube pasajera hasta que aparezca nuevamente otro caso lesivo.

Diariamente nos conmovemos ante situaciones de violencias entre las personas, en especial en las referidas al área de los derechos personalísimos reconocidos en la actualidad en materia de derechos humanos. Nuestro país ha sido sancionado en reiteradas oportunidades por la Comisión y Corte Americanas de Derechos Humanos por el incumplimiento de medidas protectorias en casos de violencia familiar, de género o niñez.

Si bien quien escribe descree que la solución total aparece como ilusoria, se permite proponer una reforma al tipo legal contenido en el art. 239 del Código Penal, agravando la pena en caso de incumplimiento de las medidas dictadas en procesos civiles o penales, en interpretación del principio de prevención general concebido como eje fundante del derecho penal de tipo.

Los procesos proteccionales contemplados tanto en las leyes nacionales 26.485 de Protección integral de la Mujer, 26.061, de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y 24.417 sobre Violencia Familiar como los que tienen instrumentadas las provincias, se caracterizan por habilitar al juez para el dictado inaudita parte, de medidas urgentes tendientes a superar el estado de crisis existente.- Solo se exige, y así lo avala la jurisprudencia que la medida responda a una situación actual de violencia y que exista peligro en la demora para el dictado de aquélla, mediante el dictado de medidas cautelares o autosatisfactivas, (Conf. C. Civil Sala E 14/5/97 B.M.C. v A.E.M LL 1997-E-654;DJ-1997-3-624 entre muchos otros, cit. por Kielmanovich, Jorge L. Derecho Procesal de Familia. A. Perrot p. 387)

Empero, los resultados obtenidos en el ámbito de la justicia en la aplicación de las leyes citadas en cuanto a la efectividad de las medidas dictadas, son francamente deficitarios, debido al frecuente incumplimiento o

quebrantamiento de las mismas por parte de los denunciados dejando a las víctimas sin protección alguna.

La realidad nos indica que las sanciones no son lo suficientemente efectivas para revertir las situaciones generadas por los agresores y como advertiremos más adelante, resultan óbice para una eficaz intervención, abonado ello por la jurisprudencia en general arguyendo que las mencionadas normas proteccionales, prevén en su articulado distintas sanciones que imposibilitan alguna medida punitiva en catálogo penal.

Es así que en la práctica diaria se advierte que los tribunales muestran su impotencia en dar una respuesta eficaz ante la transgresión y el quebrantamiento continuo y permanente de las medidas restrictivas impuestas. Así, algunos agresores amparados en dicho vacío legal, lejos de cumplimentar dichas restricciones, agudizan su accionar violento.

Se conocen muchas situaciones en las que el agresor –luego de dictadas medidas protectivas- no sólo ha aumentado su violencia, sino que ha producido consecuencias letales para la/s víctima/s, llegándose en muchos casos al femicidio.

Lamentablemente, este criterio de controlar la efectividad de las medidas fue dejado de lado creándose un verdadero vacío en la situación de agresores recalcitrantes. Sólo los sistemas legislativos de las provincias de Buenos Aires, La Pampa, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego incluyen normas que intentan garantizar el resguardo de las víctimas, aunque acotadas en las sanciones a aplicar.

Es así que la ley 1918 de La Pampa prevé que, fracasada la audiencia de conocimiento y acuerdo, o interrumpido o incumplido lo pactado, las partes podrán iniciar las instancias de juicio (art. 19). Si la demanda por violencia familiar es admitida, el juez aplicará un apercibimiento, con advertencia de adoptar medidas más severas, la obligación de someterse a programas

especializados, multa, trabajo comunitario o medidas respecto del tiempo libre del agresor (art. 27).

La ley 3042 de Río Negro dispone la asistencia obligatoria del agresor a programas educativos-terapéuticos, sin perjuicio del apercibimiento por el acto cometido y/o la realización de trabajos comunitarios durante los fines de semana (art. 24).

La ley de provincia de Buenos Aires sólo prevé la imposición de trabajos comunitarios (art. 14, ley 12.569), mientras que las de Santa Cruz y de Tierra del Fuego agregan a las sanciones enumeradas la aplicación de multas pecuniarias y la comunicación de los hechos de violencia denunciados a la asociación profesional, sindical u organización intermedia a la que pertenezca el agresor (ley 2466, art. 7 y ley 39, art. 5, respectivamente), que a la hora de aplicarse aparecen como insuficientes.

Precisamente la existencia de sanciones dentro de las distintas leyes de violencia familiar sirve asimismo como herramienta argumental para que la justicia penal tome intervención a efectos de investigar la comisión del delito de desobediencia contenido en el art. 239 del catálogo represivo.

Hoy advertimos que la existencia de medidas sancionatorias dentro de la esfera civil, los nos demuestran que en muchos casos dichas medidas han sido no solo inocuas, sino que han agravado la situación.

Así lo indican las estadísticas de femicidios producidos aun existiendo medidas restrictivas dictadas por los Jueces de Familia.

A diferencia de lo que ocurre en algunos países latinoamericanos como Bolivia (Ley 1674, art. 9), Chile (Ley 19.325, art. 4, inc. 3), Colombia (Ley 294, art. 7) y Ecuador (Ley 103, art. 17), en las que se contempla la figura del arresto entendemos que su admisión dentro de las leyes de violencia familiar no haría mejorar la situación al margen de la cual lo habría que pensar su dudosa constitucionalidad.

Reiteramos que el fuero de familia puede disponer entre otras medidas la asistencia a programas educativos y/o terapéuticos es –al margen del corte judicial del circuito de violencia- el modo más adecuado para deconstruir el aprendizaje de la comunicación violenta.

En cuanto a la terapia bajo mandato se argumenta que "en esos supuestos en los que está interesado el orden familiar en su totalidad, si no se actúa sobre los progenitores que no saben mantener relaciones adecuadas de parentalidad como padres tal disfunción se hace extensiva a los hijos se corre el riesgo de producir graves lesiones en su psiquismo.

La terapia bajo mandato consiste en que las partes son instadas al sometimiento a tratamiento y su posterior homologación judicial, que implica que la imposición judicial libremente aceptada por las partes, es la que rige el destino de esa relación familiar; y si las partes desobedecen la obligatoriedad de la terapia o sabotean el tratamiento, el Tribunal o Juzgado aplicará las sanciones que se aconsejen en cada caso, pues la terapia lo es desde ya bajo apercibimiento de las sanciones que correspondan.

Resulta pues que la aplicación de esta metodología por parte de cierta jurisprudencia se limita a los casos en que las partes se han obligado judicialmente a someterse a tratamiento, cuya no realización conspira contra la integridad psico-física de los hijos menores. De allí que, trasladar dicha doctrina a los casos de violencia familiar tropiece con varios obstáculos.

Por un lado, la falta de consentimiento de someterse a tratamiento; por otro, la ausencia de sanción ante el incumplimiento o cumplimiento parcial. Una tercera posibilidad es que, dadas las características del agresor, los tratamientos sean ineficaces, supuesto éste previsto en la ley 2466 de Santa Cruz (art. 7, último párrafo), situación que nos lleva a un callejón sin salida.

La realidad es que, aun prestando el acuerdo, en muchos casos el agresor continúa destruyendo la vida cotidiana de las víctimas, quienes deben

vivir atemorizadas de ser nuevamente agredidas o atacadas y que el sistema legal no pueda poner coto a ello.

La amonestación o apercibimiento por el incumplimiento de la orden judicial, no importa una sanción en sí, sino que es sólo una advertencia al agresor de que se está en conocimiento de su conducta y puede funcionar como preventivo de un nuevo incumplimiento, ya que en el acto de aplicarlo corresponde hacer saber la sanción que se aplicará en caso de reiteración.

En cuanto a al recurso de fijación de multas se muestra de difícil aplicación práctica, en razón de que es frecuente que los agresores carezcan no sólo de dinero, sino también de trabajo estable. Por ello, esta sanción puede devenir abstracta[2]. A ello no obsta la previsión contenida en el art. 5 inc. b) de la ley 39 de Tierra del Fuego en el sentido de que, para fijar la multa se considere la situación patrimonial del agresor y que su importe se gradúe entre uno y cien salarios mínimo vital y móvil. Además, se comete el error de destinar la multa al sostenimiento de programas de prevención y tratamiento de la violencia familiar, cuando -en definitiva- correspondería que el mismo sea derivado a la víctima, porque fue ella quien sufrió las molestias del incumplimiento del agresor. En análogo sentido, el art. 27, inc.) de la ley 1918 de provincia de La Pampa.

Tal vez, la sanción por excelencia ante el incumplimiento de las medidas judiciales sea la realización de trabajos comunitarios[3], ya que los

[2] El Derecho latinoamericano contempla dos tipos de multa. El primero apunta a sancionar los actos de violencia familiar (Bolivia, ley 1674, art. 8; Chile, ley 19.325, art. 4, inc. 2; el importe de la multa es a beneficio municipal; y México, arts. 24, inc. IV y 25, inc. I). El segundo se dirige a sancionar el incumplimiento de las órdenes proteccionales. Aquí se enmarcan los sistemas provinciales argentinos que se reseñan, y los de Colombia (Ley 294, art. 7), México (arts. 24, inc. II y III y 25, inc. I) y El Salvador (Decreto 902/1996, art. 8). Los tres últimos no indican la finalidad de los fondos.

[3] Al igual de lo que sucede con las multas, el Derecho latinoamericano prevé los trabajos comunitarios como sanción por los hechos de violencia (Bolivia, ley 1674, art. 11 y Chile, ley 19.325, art. 4, 3ª parte. En estos dos sistemas los trabajos comunitarios aparecen como medida alternativa a la pena de multa o prisión. La ley 103 de Ecuador prevé trabajos comunitarios para el caso de que el sancionado careciera de recursos económicos para afrontar los daños y perjuicios causados por su conducta violenta (art. 22).

mismos pueden efectuarse en días y horas que no afecten el normal desempeño laboral de los agresores, conforme lo prevén expresamente las leyes locales, y con análogo criterio en la Ley para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra la Mujer, del 29 de septiembre de 1997, de Honduras (art. 7).

Si bien es cierto que, dada la naturaleza sancionatoria de esta medida, las leyes deben indicar el plazo mínimo y máximo de dichos trabajos, lo cierto es que –atento la finalidad rehabilitatoria del agresor- sea prudente incluir en los respectivos sistemas legislativos la posibilidad de ampliar su plazo y que se dispongan expresamente controles efectivos para evaluar el cumplimiento de dichas tareas y los progresos del violento.

La medida más resistida es la imposición de medidas respecto del tiempo libre del agresor, en razón de que la misma es considerada una sanción que excedería la competencia de los jueces civiles, por considerarla intrusiva dentro de la esfera personal del agresor y aparecería como una sanción penal, ya que podría significar un arresto encubierto. Sin embargo, medidas de esta índole pueden ser aplicadas por los jueces de familia en la medida en que la propia ley lo autoriza y muchas veces la obstinación de determinados agresores impone tomar una determinación de esta índole. Por lo demás, existe una instancia revisora, que podrá confirmar o revocar dicha resolución.

En las demás jurisdicciones la respuesta ante el quebrantamiento de las medidas se agota en la ampliación de las órdenes de protección. Así, se ha ampliado la prohibición de acercamiento aumentando el perímetro de exclusión. En otros casos se solicitó la colaboración de la seccional policial correspondiente al domicilio de la víctima para que detenga al agresor incumplidor y lo traslade a la sede del Juzgado el primer día hábil siguiente a dicha detención.

Sin embargo, la realidad indica que, pese a la buena voluntad del legislador y el sistema judicial en poner coto a la violencia mediante la normativa vigente, no bastan para detener al agresor.

La única figura punitiva dentro del Código Penal es el delito de desobediencia (art. 239, Cód. Penal), que está incluido dentro del capítulo de los delitos contra la administración pública sancionando al "que desobedeciere a un funcionario en el ejercicio legítimo de sus funciones"

Esta figura no suele tener la eficacia deseada, pues la inmensa mayoría de los fallos consultados, desestiman las denuncias por considerar que el bien jurídico protegido es la administración pública y no la salud o la vida de la víctima mayor y que además ya existen sanciones dentro de los procesos proteccionales en sede civil, violando el principio del "non bis in ídem.

Recientemente se creó la figura del femicidio contenida dentro del art. 80 del Código Penal como agravante a la figura del homicidio cuando el hecho fuese cometido en perjuicio de una mujer producido por una cuestión de género.

El bien jurídico protegido en el delito contra la administración pública contemplado en el art. 239 del C, Penal es la libertad de acción de la autoridad (Breglia Arias-Gauna, 1994)[4], lo que dista de ser una puesta de límite al agresor en violencia familiar. Por otra parte, tampoco corresponde al juez que investiga este delito intervenir en aquella materia.

Su función es eminentemente represiva y focaliza la mirada en el victimario.

[4] Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar R. (1994), "CÓDIGO PENAL Y LEYES COMPLEMENTARIAS. COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO", Ed. Astrea, Buenos Aires.

Debe investigar la existencia del hecho, si ese hecho es delito y si hay responsables por el mismo. Como se encuentran en sus manos bienes jurídicos tan preciados como la libertad y la dignidad de las personas, necesita la certeza absoluta de la comisión del delito y de la responsabilidad del imputado para el dictado de sentencia condenatoria, lo que se revela en trámites prolongados, diametralmente opuestos a la celeridad que caracteriza a los de violencia familiar, con la limitación antes apuntada.

Donna (2000, ps. 87 y 88)[5] manifiesta que "se puede afirmar que el acatamiento que se impone es a las órdenes dadas por la autoridad en función de tales, con repercusiones administrativas, y no aquellas que constituyen obligaciones de carácter personal, con repercusiones en el Derecho Civil", abrazando la idea que "tampoco será desobediencia una orden referida a intereses personales de las partes" y que, por adición, ni siquiera se configura el injusto cuando la desatención tiene expresa solución mediante *sanciones procesales específicas* (vgr. las sanciones que contemplan las leyes de violencia familiar). -El autor ejemplifica con la inobservancia al régimen de comunicación instituido por la justicia civil, no constituye conducta atrapada por la norma.

En análogo sentido Creus y Buompadre (2007)[6] sostienen *que* "desdibujan la tipicidad aquellas órdenes que se refieran a intereses personales de partes, puesto que el acatamiento que la ley penal impone es el de las normas dadas por la autoridad en función de tales, pero con repercusiones administrativas, no el de las que constituyan obligaciones de carácter personal con repercusiones de estricto derecho civil; en este último caso, faltará el bien jurídico protegido por la ley". Completa su idea de que "no importan órdenes las resoluciones judiciales, de cualquier carácter que

[5] Donna, Edgardo Alberto "DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL", (2002) Rubinzal- Culzoni

[6] Creus, Carlos y Bounpadre, Jorge E. (2007), "DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL", Ed. Astrea, Buenos Aires.

fueren (decretos, autos, sentencias), pero sí los mandamientos que tienen como objeto la ejecución de aquéllas".

La cuestión a analizar es que conforme el principio de tipicidad, verdadera columna del sistema penal liberal, a fin de despejar cualquier confusión jurisprudencial la figura que postulamos correspondería ser incluida dentro del Título I del Libro 2º, Capítulo I, Delitos contra las Personas teniendo a las víctimas como titulares de la acción.

Entendemos que el incumplimiento de órdenes protectivas en violencia familiar, se encuentra en la mayoría de los casos fuera del ámbito del delito de desobediencia, sin que se deje de lado el principio de intervención mínima que modernamente se asigna al Derecho Penal.

Lo expuesto demuestra a las claras la imposibilidad de que el agresor imputado de delito de desobediencia sea condenado o siquiera procesado; con lo cual aumentará su impunidad y en consecuencia será mayor el riesgo para la/s víctima/s.

Cabe decir que recientemente algunos fallos han acogido las demandas de las víctimas, invocando tratados internacionales de Derechos Humanos.

Otros que integran la gran mayoría sigue sosteniendo que al tener las propias leyes de violencia familiar sanciones punitivas no corresponde aplicar las normas del delito de desobediencia.

A mero título informativo nos remitimos a dos fallos dictados en la Provincia de Córdoba totalmente contradictorios respecto de la aplicación del art. 239 del C. Penal.

Uno de ellos el Juzgado de Control Nº 6 de la Ciudad de Córdoba en auto interlocutorio Nº 247 del 15-06-2012 sostuvo que " la prohibición de acercamiento dispuesta por el Juzgado de Violencia Familiar configuró una orden en el sentido del tipo del art. 239 del C. Penal, por cuanto emanó de

autoridad legítima, fue concreta y dirigida a persona determinada, en este caso al imputado, que extendió constancia escrita de su notificación".- El Juez, dice la resolución, la dispuso "como medida precautoria en protección de la vida, la integridad física y emocional de la víctima, art. 20 en ejercicio de la atribución que le confiere el art. 21 inc. D y e, ambos de la ley 9283". (Ley de VF de la Provincia de Córdoba).

Por el contrario el Juzgado de Control Nº 3 de la misma ciudad cordobesa en autos "A, A, W. p.s.a. Abuso Sexual con Abuso Carnal en Expte letra A Nº de SAC 292493" sostuvo que "si bien resulta comprobado desde el plano fáctico que A. infringió la prohibición de acercamiento que respecto a K había ordenado en su oportunidad el magistrado con competencia en Violencia Familiar, cierto es que dicha orden, a la luz de la postura desarrollada supra y compartida por esta judicatura, no ingresa a la clase de mandas cuya desobediencia se encuentra tipificada con el objeto de proteger el funcionamiento sin escollos de la Administración Pública".- "Para más", prosigue el fallo, " un modelo de Derecho Penal de mínima Suficiencia y por tanto de última Ratio, como el que adscribe nuestro Estado de Derecho Liberal, difícilmente podría justificar el ingreso del derecho penal sustancial para sancionar conductas que como las de marras ya contemplan otro tipo de sanciones; incluso también de derecho penal, aunque con otro alcance vgr: Derecho Penal Contravencional, conf. el art. 30 de la Ley Pcial. Nº 9283 (Violencia Familiar). Estas contradicciones jurisprudenciales se reproducen en todas las jurisdicciones del país conforme los datos que pueden consultarse en los sitios especializados.

Por último, como respaldo argumentativo de la inocuidad de las medidas, agregamos por ejemplo que el remedio civil de aplicar *astreintes* (art. 666 bis, Cód. Civil) para constreñir el cumplimiento de la disposición legal proteccional su efectividad está limitada a los pocos casos que los agresores tengan algún patrimonio ejecutable. En otros, se dispone la remisión de los actuados para la realización de examen psicológico y

psiquiátrico del incumplidor. Como habitualmente la patología de estos agresores se encuadra dentro de lo que el DSM-IV denomina “trastornos de personalidad”, los dictámenes forenses aconsejan su inserción en tratamientos. La respuesta a esta recomendación varía entre su incumplimiento total o parcial, o la acreditación de tratamientos no especializados e incluso de tratamientos realizados paradojalmente con profesionales de la salud mental que integran las mismas asociaciones civiles que los agresores conforman.

La Oficina de la Mujer, organismo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos informa que en 2022 se registraron 252 casos de femicidio de los cuales debe mencionarse que en 38 de ellos existían medidas restrictivas de acercamiento, en tanto La Casa de Encuentro nos dice que en el transcurso de 2023 se registraron 29 femicidios por mes con un total de 145 al 30 de junio.

Obviamente a estas cifras extremas deberán agregarse infinidad de casos de violaciones a las medidas restrictivas sin conductas tan drásticas.

El S.A.R.A. (Spousal Assault Risk Assessment Guide) es una guía clínica creada para cotejar los factores de riesgo de la violencia conyugal que incluye 20 ítem individuales seleccionados a partir de una revisión exhaustiva de la bibliografía empírica y de las publicaciones escritas por clínicos con vasta experiencia en la evaluación de varones que abusan de sus parejas.

Precisamente el ítem más relevante lo constituye la violación de medidas precautorias[7].

Incluso la sanción misma de la ley federal Nº 26.485[8], no ha resultado suficiente para resolver estos casos extremos. En efecto, la norma referida ha significado un gran avance en la problemática, especialmente en su art.

[7] FOLINO, Jorge O. (2003) “EVALUACIÓN DE RIESGO DE VIOLENCIA, HCR -20, VERSIÓN EN ESPAÑOL, ADAPTADA Y COMENTADA”, Editorial Interfase Forense, La Plata.

[8] Publicada en el Boletín Oficial del 14 de abril de 2009.

30 al otorgar amplias facultades al magistrado interviniente para ordenar e impulsar el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia; en su art. 31 al establecer el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados; en el art. 32 al posibilitar la aplicación de sanciones ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, pudiendo disponer entre otras medidas la asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas y en el art. 34 al disponer el seguimiento durante el trámite de la causa para controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas.

No obstante, ello, no resulta suficiente –insistimos- en casos donde la intervención de los juzgados o tribunales de familia es superada, siendo muchas veces imposible cumplir con lo ordenado por el art. 26, ap. A.7 de la norma, en cuanto a poder realmente "garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato por parte del agresor".

Recordemos asimismo que dicha norma contempla solo la protección de las mujeres dejando de lado a otros sujetos vulnerables como niños, anciano o discapacitados.

Cabe agregar que la exposición de niñas, niños y adolescentes a formas de violencia doméstica extrema o crónica, es ubicada por algunos investigadores dentro de las formas de abandono emocional.

Muchas veces relegada como modalidad de maltrato (ya que estos niños/as y adolescentes se suelen considerar víctimas indirectas o secundarias) es, sin embargo, una de las más extendidas si tenemos en cuenta las cifras de violencia doméstica y la cantidad de niños/as por

hogares. A la vez, es una de las formas más comunes de transmisión transgeneracional de la Violencia Familiar.

Hasta el momento, se ha escrito poco acerca de la relación entre niños/as testigos de violencia en el hogar y los padres perpetradores. Investigaciones cualitativas recientes sugieren que, al menos, algunos niños/as testigos perciben la relación con el padre como fuente de dolor, resentimiento y confusión. Estos estudios describen a los niños y las niñas como atrapados/as entre sentimientos opuestos respecto de sus padres: por un lado, saben que la violencia es mala, dañina y aterrorizante; por el otro, aman y están apegados/as a sus padres, al hombre que actuó tan violentamente, lastimó a su madre y violó las reglas y normas sociales. Un resumen de las reacciones que presentan niños y niñas testigos indica: stress postraumático; problemas de integración social; trastornos de aprendizaje; perturbaciones emocionales y de conducta en mayor proporción que en hogares no violentos. (conf. Chetjer, Silvia; Ganduglia, Alicia; Paggi, Patricia y Viar, Juan Pablo: "VIOLENCIA HACIA NIÑOS Y ADOLESCENTES MALTRATO Y ABUSO SEXUAL- ELEMENTOS BASICOS PARA SU ATENCION EN EL SECTOR SALUD" publicado por el Ministerio de Salud de la Nación y el Programa Regional Piloto de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar Cooperación Técnico Financiero B.I.D, 2000).

Teniendo en cuenta el panorama descripto nos interrogamos acerca de la necesaria la sanción de una figura penal para proteger a las víctimas de las violencias en los casos graves donde las medidas proteccionales dictadas en los procedimientos especiales, no resultan suficientes.

Creemos oportuno destacar la relevancia dentro del marco de la política criminal en cuanto analizar el modo de ejercitar realmente el poder punitivo y qué porción de la conflictiva social debe ser incorporada al reproche penal.- Se ha dicho que "la política criminal contemporánea debe abarcar en su campo la valoración de la estructura del sistema penal y de la política a

su respecto, o sea que debe reconocer un fuerte componente de política institucional.- En este sentido, parece que, al menos hasta ahora, al derecho penal le ha pasado por alto el desarrollo académico y metodológico de la ciencia política" (Zaffaroni, E. Alagia A. y Slokar A.Derecho Penal, Parte General, p.148, EDIAR 2000).

La reciente incorporación de la figura del femicidio como nuevo agravante en los casos de homicidio previsto en el art. 80 del C. Penal es un avance importante en la materia, aunque subsiste una zona gris ubicada entre los casos en que el juez civil aplica sanciones que son frecuentemente violadas por los agresores y el extremo caso de la muerte de la víctima.

Por ello creemos que la problemática subsistente deberá ser contemplada en otra norma penal ubicada entre la normativa de las medidas de las leyes de protección, ubicadas en sede civil y la figura agravada del homicidio antes mencionada.

En el art. 40 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, denominada Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de España[9], se tipifica el delito de quebrantamiento de condenas que incluye dentro del mismo a quienes quebrantaren las medidas de seguridad, medidas cautelares, conducción o custodia o cualquier otro tipo de medida proteccional.

El Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión creada a fin de reformar el Código Penal presidida Dr. E. Raúl Zaffaroni e integrada por los Dres. León Carlos Arslanian, María Eugenia Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo creada por Decreto del PEN Nº678/12 y que obtuviera media sanción en la H. Cámara de Senadores de la Nación incorpora en el Libro Segundo. Título VI, titulado Delitos contra las relaciones familiares en cuyo Título III denominado Incumplimientos lesivos de relaciones familiares, en su art. artículo 139 tipifica la Obstrucción,

[9] http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2004.html

Impedimento y Desobediencia de contacto sosteniendo que así se "reformulan los tipos de la ley 24.270 de 1993, procurando simplificar su redacción y mejorar su contenido, dentro del mismo objetivo de la ley" Entre otras consideraciones agrega que "se propone en el inciso 4º penar la desobediencia a una orden judicial de restricción, de acercamiento o de contacto que puede generar violencias o conflictos que, justamente la orden judicial busca evitar.- Es indiferente que la orden sea en protección del menor o en prevención de violencia familiar no que se exija algún tipo de lesión.-

El texto del art 139 del Proyecto titulado Obstrucción o Impedimento de contacto. Desobediencia de órdenes judiciales, dice:

1.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a UN año, el que ilegalmente impidiere u obstruyere gravemente el contacto de menores con su padre o madre.

2.- El máximo de la pena se elevará a TRES (3) años de prisión:

a) Si para cometerlo se mudare ilegítimamente al menor de domicilio.

b) Si se tratare de un menor de diez años o de una persona discapacitada.

3.- El máximo de la pena será de CINCO (5) años:

a) Si la mudanza sin autorización legal o judicial, o excediendo su límite, fuera al extranjero, o si se omitiere restituirlo al país una vez agotado el plazo de la autorización.

b) Si el hecho lo cometiere un padre o madre privado de la patria potestad.

4.- Se impondrá la pena del inciso 1º al que desobedeciere una orden judicial de restricción, de acercamiento o de contacto, en protección de menores o impartida en prevención de violencia familiar.

Según se observa este tipo penal se encuentra incorporado dentro del Título VI dedicado a los delitos contra las personas tal cual se manifiesta, desestimando así la aplicación para los casos de violencia familiar de la figura del art. 239 del CP al colocarlos en línea con los principios contenidos en el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos Y NO EXIGE CONTACTO ALGUNO CON LA VÍCTIMA: SOLO VIOLAR LA MEDIDA RESTRICTIVA.

La figura propuesta a la que adhiero aun cuando difiero en el monto de la pena, responde a los principios que informan la categoría de delito abstracto aun cuando pueda argumentarse que la misma vulnera el principio de lesividad el que conjuntamente con el de estricta legalidad y razonabilidad conforman la piedra basal de nuestro ordenamiento penal.

En tal sentido se ha dicho que "a efectos prácticos y basándonos en Soler, diremos que peligro es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso denominándose peligro abstracto al peligro que la ley considera como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre todo, del empleo de ciertos medios.

Para formular una incriminación de ese tipo, el derecho se basa en reglas constantes de experiencia. En las figuras de delito abstracto, el derecho suele desentenderse de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o de riesgos" (Ponencia del Dr. Enzo Finochiaro "Los tipos penales de Peligro, el peligro abstracto" en el X Encuentro de Profesores de Derecho Penal, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 24 y 25 de junio de 2010).

Lo que sí podemos afirmar es que si bien la figura propuesta implica cercanía con la teoría de la sociedad del riesgo (Ulrich Beck, Sociedad del Riesgo Global, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2002) no se identifica totalmente con ella dado que la eventual víctima no es la sociedad toda sino personas determinadas.- Ellas, pareja, hijos u otros convivientes en el seno familiar son

sujetos que sufrieron las agresiones y como tales víctimas definidas, identificadas e investigada su situación oportunamente por la justicia civil especializada, generadora de alguna de las medidas proteccionales que tienen como beneficiarios sujetos pasivos de daños tanto en el orden físico como emocional.

Entendemos que la mera violación de esas medidas no entra en la indeterminación que postula la teoría de la sociedad del riesgo, sino que el mero hecho de la transgresión implica un peligro en sí tal como es punible la. tenencia de droga o de armas de fuego.

Se ha dicho también en cuanto a principio de lesividad que "los conflictos penales sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro (art. 19 CN) que se producen en la interacción humana, de modo que no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien (Zaffaroni-Slokar-Alagia Derecho Penal. Parte General 2ª. Edición, Ediar Bs. As. Pág. 484).

Precisamente en este caso creo que la mera transgresión implica una lesión en sí, dada la situación de zozobra, incertidumbre o miedo que anida en las víctimas directas e indirectas.

Este trabajo va en línea con los postulados y principios tratados por la comunidad jurídica latinoamericana cuando se celebró la Cumbre Judicial Iberoamericana llevada a cabo en Brasilia entre los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 aprobando las denominadas "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia a las personas en condición de vulnerabilidad" entre cuyos objetivos figura la promoción de una efectiva mejora del acceso a la justicia, "teniendo en cuenta la importancia del presente documento para garantizar el mismo" recomendando a "todos los poderes públicos que de su respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivas el contenido de las presentes Reglas".

Estas Reglas en su primera parte luego de definir la situación de vulnerabilidad, mencionan como sujetos beneficiarios de las mismas, entre otros a los niños, a los discapacitados, a las víctimas, a las mujeres y ancianos.

Específicamente las Reglas 2 (niños), 3 (discapacitados), 5 (víctimas) y 8 (mujer) están comprendidas en las situaciones previstas en las leyes de protección vigentes tanto en el orden nacional como provincial) y recomiendan enfáticamente la adecuación de las normas vigentes a estas situaciones que constituyen de por sí un alto riesgo individual y social.

Estas Reglas apuntan a asegurar el acceso a la justicia, incluyendo leyes que lo faciliten teniendo en cuenta que los sujetos mencionados padecen sufrimientos debidos a situaciones asimétricas de poder dentro del seno familiar.

La realidad indica que las normas vigentes resultan altamente insuficientes habida cuenta de la cantidad de femicidios perpetrados a pesar de estar vigentes medidas de prohibición de acercamiento.

En tal sentido dice Alicia Ruiz que el derecho significa más que “la palabra de la ley. Organiza un conjunto de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que tienden a fortalecer las creencias que él mismo inculca y fundamenta racionalmente y que se vuelven condición necesaria de su efectividad” Es necesario explicar esta curiosa combinación de la razón y del mito que es propia del derecho moderno” (Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo en Desde otra mirada, Textos de Teoría Crítica del derecho, Ed. EUDEBA, 2009)

En sintonía con esta línea de pensamiento, la propuesta que se formula se sustenta en la consideración del discurso jurídico como verdadera práctica social, tendiente a procurar por la vía de la prevención morigerar la existencia de casos tan dramáticos como los mencionados.

Conclusión

Por las razones expuestas, atento a que el proyecto de reforma al Código Penal ha perdido estado parlamentario, propongo la incorporación como agravante del actual art. 239 del Código Penal en los siguientes términos*:*

Será reprimido con prisión de 6 meses a 4 años, el que resistiere, quebrantare o desobedeciere alguna medida cautelar, autosatisfactiva, urgente, proteccional o restrictiva dictada en los procesos penal, civil o de familia en aplicación de las leyes de violencia familiar, de protección de derechos de la niñez, adolescencia, mujeres, ancianos o discapacitados.

Pensando en el interes superior del niño como un principio jurídico

Marcelo Garate[1]

I. Introducción

Podemos afirmar que la reforma del Código Civil y Comercial, nos garantiza una cierta sistematización metodológica. Su sanción produjo cambios que afectan favorablemente los distintos institutos del derecho civil, oportunamente considerados por la jurisprudencia y que la doctrina solicitaba modificar desde hacía tiempo.

Entendemos que los cambios más significativos se produjeron frente a la necesidad de adecuar las normas nacionales a los estándares internacionales, que proponen las Convenciones de Derechos Humanos, entre las cuales no podemos dejar de incluir la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, la cual posee un conjunto de principios que han sido receptados por el codificador.

Por ejemplo, en lo referido a la adopción, el Código señalan principios tales como son: el derecho a vivir en familia, privilegiar la familia de origen, el derecho a la identidad, el reconocimiento de la capacidad progresiva, la tutela judicial efectiva, la protección de la familia, el derecho a ser oído y el interés superior del niño.

[1] Abogado. Doctor en Derecho. Aux. Let. UFD N° 6 Dep. Jud. Morón. Prof. de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP y de la Escuela Superior en Leyes UM.

II. La argumentación jurídica

Una visión integral del fenómeno jurídico entiende que el derecho no solo se caracteriza por su coacción, sino también por su búsqueda de corrección. Porque el derecho, no solo sirve para sancionar, sino también para determinar que actos son correctos, a fin de garantizar la racionalidad de las decisiones jurídicas. Pues no se puede dejar de tener en cuenta el sentido axiológico que conlleva una decisión jurídica (Herrera Figueroa, 1955: 133).

Las sentencias, vistas como una decisión jurídicamente válida, requieren de un discurso que exponga los fundamentos. Esto requiere de reglas procedimentales, a fin de brindar racionalidad a su argumentación, para ello se puede recurrir a los principios se encuentran consagrados de forma expresa en el derecho positivo (Alexy, 2008: 136).

Consideremos que el derecho tiene una manifestación concreta que se hace perceptible en su aplicación. En este sentido, los operadores jurídicos, dependen de la fundamentación discursiva que apliquen para explicar su decisión.

La vida del derecho consiste en un intercambio de argumentos, que ofrecen interpretaciones alternativas sobre lo que el derecho en cada caso (Rodríguez César, 1997: 62). La propia interpretación jurídica tiene un carácter discursivo, en el que deben predominar los mejores argumentos (Alexy,1995: 33). Por eso reconocemos que existe una relación particular entre, interpretar, aplicar y crear derecho. Pues toda decisión judicial, que se precie de estar lógicamente construida, posee necesariamente una fundamentación racional, si pretende ser reconocida como una decisión correcta (Alexy, 1995: 40).

Una de las principales características de todo discurso racional, es la coherencia con las distintas fuentes del derecho. Esto no significa justificar cualquier sistema jurídico, sino solo aquel que llene las exigencias de la razón práctica, en la medida que tenga en cuenta a los derechos humanos y respete los procedimientos institucionalizados. Sólo podemos hablar de un discurso racional, cuando se conjugan la legalidad y la legitimidad (Alexy, 1995: 68).

Podrías plantear como objetivo de toda decisión judicial "la maximización de derechos", el cumplimiento de esta premisa, bien puede brindar una validación objetiva del discurso. Sin embargo, también podemos reconocer la necesidad de incorporar los derechos humanos en el discurso. Ellos por sí mismos imponen una forma de corrección y deben ser llevados a su máxima posibilidad. Esto se debe producir porque se encuentran incorporados como parte de los incorporados por la Constitución Nacional.

III. Algunas cuestiones conceptuales

El interés superior del niño pude ser tenido en cuenta de múltiples maneras, todas ellas válidas según la fundamentación que se dé al respecto. Particularmente nos interesa tomar al interés superior como un principio que determina una *ratio legis* en un sentido estrictamente interpretativo, ya que constituye un argumento de peso dentro del discurso técnico jurídico. Para algunos este concepto del interés superior resulta ser totalmente indeterminado y por lo tanto de difícil concreción, pues se encontraría dentro de la esfera de la subjetividad, haciendo depender su contenido de la valoración que realiza el operador jurídico. No obstante, la existencia de distintas posiciones, nos permite reconocer un sentido multifacético que dificulta su apreciación, porque depende de la consideración de las circunstancias del caso (aspecto material) y la formulación del interés, lo que implica determinar a futuro, la mejor posibilidad para el desarrollo integral del

niño, para lo cual en necesario realizar una valoración sobre lo que conviene y debe realizarse (aspecto formal).

No podemos dejar de pensar que las cuestiones de derecho intentan dar respuestas a los conflictos humanos. En definitiva, los operadores jurídicos pretenden resolver cuestiones específicas en las que se ponen en juego los intereses de las distintas partes. Conocemos que, en muchos procesos judiciales, referidos a temas de familia, existen conflictos de intereses interminables en el cual cada parte busca sacar el mejor provecho. Frente a esta situación, las normas de nuestro ordenamiento, se preocupan por determinar y preferir el interés de los menores, por sobre el de los adultos. Esto tiene un sentido funcional y operativo, ya que delimita líneas de acción en la toma de decisiones. La imposición del interés superior del niño, surge de lo enunciado por las convenciones internacionales, como por la normativa vigente a nivel nacional y provincial. Lo que hace que este concepto tenga un valor agregado, a la hora de establecer un criterio de procedimental.

El concepto del interés superior del niño, parecería ser un concepto tan amplio e indefinible que todo puede ser incluido en su designación. Sin embargo, hay dos temas que se entrecruzan en su análisis, por un lado, aquello que fácticamente hace a su interés y por el otro los derechos del niño. Esto nos llevar a contemplar al derecho en un sentido abstracto, con la intención de realizar un análisis desde la lógica jurídica (Belandro, 2011), o bien pensar los derechos e intereses desde una perspectiva concreta y particular.

El objeto de la ley 26.061 es, según el artículo 1° "(…) la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina (…)", bajo la expresa intención de garantizar el ejercicio y disfrute *pleno, efectivo y permanente* de todos los derechos que se encuentren reconocidos en el ordenamiento jurídico

nacional y en los tratados internacionales que hayan sido ratificados por el Estado Nacional. Como lo subraya la ley, la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia.

Toda medida o decisión administrativa y judicial, utiliza como criterio de los actos jurisdiccionales, la protección del interés superior del niño como principio rector. La ley provincial 13298 establece que el interés superior del niño es una máxima, que posee una proyección concreta cuando se asegura la satisfacción integral de sus derechos, como así también el despliegue integral y armónico de su personalidad. Por lo tanto, para propender a la mejor tutela de sus derechos, se debe considerar un conjunto de aspectos, que enlazan y fundamentan una respuesta del órgano jurisdiccional.

Estos tienen que ver con:

a) La condición, situación y/o características personales del niño.

b) Tener en cuenta su opinión, según su desarrollo psicofísico y grado de madurez alcanzado, a fin de asegurarle el derecho a ser oído.

c) Establecer un equilibrio entre los derechos, garantías y deberes, de modo que se vean asegurados la mayor cantidad de ellos y llegado el caso, unos pocos se vean afectados. Esto implica necesariamente una acción ponderativa, determinando en cada caso, los que deben prevalecer con relación a otros que se encuentran en juego.

d) Buscar un necesario equilibrio con las exigencias sociales, de tal modo que la decisión adoptada pueda ser llevada a la práctica.

Estos criterios que hemos señalado, tienen su fundamento en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) la Resolución Nro. 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los

menores privados de libertad, la Resolución Nro. 45/113 de la Asamblea General, y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD) y la Resolución 45/112.

El interés superior debe formularse teniendo en cuenta la problemática planteada, depende de la situación particular del niño, encontrándose muy alejada de categorías ideales o preestablecidas, que pretenden lograr estándares uniformes.

En cuanto Uruguay, el Código de la Niñez y la Adolescencia expresa en el artículo 4 que:

"(…) para la interpretación de este Código se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al país. En caso de duda, se deberá recurrir a los criterios generales de interpretación y, especialmente, a las normas propias de cada materia" (artículo 4 Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley 17.823. 2004: 1).

Y, para el "caso de vacío legal o insuficiencia, se deberá recurrir a los criterios generales de integración, especialmente a las normas propias de cada materia" (artículo 5).

La operatividad del concepto, "interés superior" tiene un sentido dinámico, en tanto que intervienen distintos elementos que deben ser tenidos en cuenta: económicos, habitacionales, condiciones de vida, las relaciones con el entorno familiar, como así también, el desarrollo psicológico del niño. Ello, porque la formulación de este interés se relaciona concretamente con el derecho a ser oído. Mal se podría concebir este interés, si la persona más preocupada por su futuro, no pudiera expresar su opinión y no fuera escuchado. Ser oído, para expresar sus gustos, preferencias y

preocupaciones, como así también sus estados de ánimo y emociones. La escucha, le permite al operador reconocer distintos intereses que se encuentran en juego y establecer un criterio de prioridades.

Sabemos que la eficacia de la Convención de los Derechos del Niño, depende no solo de la ratificación que los Estados realicen, sino también de la adecuación de las normas del derecho interno. En América Latina, casi la totalidad de las legislaciones mencionan y destacan al interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Por eso, cuando afirmamos que resulta ser un principio jurídico y no un derecho o una cuestión de orden público familiar, estamos considerando su imposición en todos los ámbitos de la vida familiar como una máxima, que nos obliga a la satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley.

El 11 de marzo de 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en un tema de adopción dictó un fallo que hace referencia a la consideración del interés superior y su relación con la resolución judicial. En la causa C. 115.103, "O. J. D. Guarda con fines de adopción", se dice que el artículo 21 en concordancia con el 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción deben cuidar que el interés superior del niño sea el interés primordial. La jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible -entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales-, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (Ac: 56.535, sent. del 16-III-1999 y Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002) del voto del Pettigiani). En aras de ese interés superior, el proceso debe estar

despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, que se encuentra incorporada de forma específica a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (artículo 75 inc. 22).

En este mismo sentido también ha dicho la Corte: Ahora bien, en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al "interés del menor" como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003), máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002). Voto Pettigiania 16 de marzo de 2016, en la causa C. 119.647, "M., S.A. Guarda".

IV. Principio superior

Recordemos que la Convención marcó un cambio de paradigma con relación a la mirada sobre la infancia y adolescencia que pasaría a considerar al niño como un sujeto de derechos, dejando de lado la visión que se mantuvo durante gran parte del siglo XX, que entendía que los menores eran solo objetos que debían ser disciplinados, tutelados, protegidos y controlados.

Esto significó comprender que los niños no son seres inacabados, sino personas con iguales derechos que los adultos y merecedores de respeto. Personas con total dignidad y capaces de decidir sobre su propia vida, ejerciendo su libertad, con necesidades y cuidados especiales, teniendo en cuenta el desarrollo progresivo de sus capacidades, según el estadio evolutivo en el cual se encuentre.

Esta cuestión supone, por un lado, comprender su situación particular, y por el otro reconocerle derechos específicos, por lo tanto, el niño y el adolescente deja de tener un rol pasivo. Desde la Convención, la infancia adquiere entidad normativa, reconocida y valorada desde su propia singularidad. En ella se destaca el "interés superior del niño", porque resulta ser el eje sobre el cual deben promoverse políticas públicas y tomarse las decisiones administrativas o judiciales, con el fin de hacer plenamente efectivos sus derechos.

El artículo 3.1 de la Convención señala que toda medida de institución pública a privada, tiene que tener en cuenta este interés a la hora de tomar cualquier decisión. Esto implica según el artículo 3.2 asegurar el cuidado y protección, teniendo en cuenta el juego de todos los derechos, los de los niños y adolescentes, y los derechos y deberes de los padres.

La ley 26.061 en su artículo 3 establece una definición del interés superior diciendo que es la máxima satisfacción de los derechos y garantías, reconociendo que estos derechos universales funcionan como principios jurídicos, que debe alcanzar su máxima realización y que esto depende de su aplicación integral, de modo que se tenga en cuenta la totalidad de los derechos, aun cuando se logre solamente una aplicación incompleta de alguno de ellos. Pero también la forma de aplicación debe ser simultánea, lo que impela a aplicarlos en un mismo tiempo, sin dilaciones y en toda su extensión.

El concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida (Grosman, 1998: 23).

Si bien, la sociedad suele observar perpleja el enfrentamiento entre el bienestar, el interés del menor y el interés personal de padres desavenidos, esta lucha de intereses no puede tener como resultado más que el predominio del interés superior del niño (Basz y Feldstein de Cárdenas, 1996: 1).

Recordemos que los niños y adolescentes no tienen plena capacidad para ejercer por sí mismos todos los derechos. Sin embargo, esto no quita que tengan plena aptitud para ser titulares de derechos. La Convención no protege la colectividad o el grupo social, sino a cada niño en particular reconociéndolo como el sujeto de estos derechos.

La intervención judicial en la vida de un joven o un niño debe estar motivada en una situación de posible o total desprotección de esa persona en particular. Dicha intervención no representa un fin en sí mismo, sino que debe procurar el restablecimiento del equilibrio jurídico afectado dentro del menor tiempo posible.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, la ley 13.298, cuando en su primera parte enuncia los objetivos y finalidades explicita en su artículo 4 que debe tenderse a la máxima satisfacción de los derechos, coincidiendo en muchos de sus aspectos con la ley nacional, sobre las condiciones de su aplicación. Si bien hay que hacer la salvedad, que esta última establece que el principio del interés superior rige para las siguientes materias: patria potestad, filiación, restitución, adopción, emancipación y toda otra circunstancia vinculada con estas.

No obstante, la ley provincial en su artículo 10, complementa la actividad interpretativa con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, también llamadas Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), todas ellas referidas al ámbito penal juvenil, las que dan a la Convención Internacional una importante proyección en relación a la vigencia y protección de los derechos del niño y adolescente.

Asimismo, el artículo 11 se encarga de explicar que los derechos enunciados en la ley deben ser leídos desde el contexto que nos presentan los Derechos Humanos, por más que no se los enuncie en la ley. En tanto que el artículo 12 se destaca que estos derechos son inherentes a toda persona, lo que nos permite inferir que todos ellos, son de orden público, irrenunciables, interdependientes e indivisibles. En este sentido la normativa vigente, tiene una clara finalidad, asegurarle al niño todos sus derechos, brindándole una clara protección impidiendo cualquier vulneración de sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta las sus capacidades progresivas. Por lo que no puede dejarse de asegurar el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan su interés, en función de la edad y madurez del niño (Kemelmajer de Carlucci, 1994: 167).

En este sentido la normativa vigente, tiene una clara finalidad, asegurarle al niño todos sus derechos, brindándole una clara protección impidiendo cualquier vulneración de sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta las sus capacidades progresivas. Por lo que no puede dejarse de asegurar el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan su interés, en función de la edad y madurez del niño (Kemelmajer de Carlucci, 1994: 168).

El problema surge cuando la participación del niño en los procesos judiciales en los que está implicado, resulta escasa o nula. En tanto que no se da el lugar para su participación, limitándose de esta forma sus derechos, al no garantizar la defensa de los intereses del niño. No puede ser marginado, cuando su interés se pone en juego, ni puede ser dejado a un lado cuando su participación es vital para dar a conocer sus problemas. No se puede resolver una cuestión dando la espalda a quien va a sufrir las consecuencias. Lejos ha quedado la ley 10.903 de Patronato, en la cual estaba desdibujada la intervención del Estado.

La Corte Interamericana en su opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, que fuera solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expuso en este, que conviene observar, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño. Conforme lo establecido por el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, es este quien requiere "cuidados especiales", siendo el fin de todas las "medidas especiales de protección". En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

V. Algunos aspectos jurisprudenciales

En el Acuerdo 2078 del 7 de julio de 1998, en la causa Ac. 70.180 "B., P. A. Adopción", la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo la importancia de la Convención, y resaltó la obligatoriedad de sus principios, en una causa sobre abandono, diciendo que la cuestión planteada debe resolverse a la luz de los principios que surgen de la Convención de los Derechos del Niño, que adquirió jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, circunstancia que impone la adecuación de todo acto estatal –

legislativo, jurisdiccional o administrativo– a tales postulados (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional).

El interés primordial del niño se erige como principio primordial para decidir los conflictos que se presenten, conforme lo establece el artículo 3.1. en cuanto prescribe que

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (Convención de los Derechos del Niño, 1998: 14)

En tal orden de ideas destaco especialmente el deber, que impone el artículo 21 de la Convención, al estipular que "los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)".

Así pues, y aunque resulte una obviedad ponerlo de relieve, por encima de la ley está la Carta Magna (artículo 31 de la Constitución Nacional) y desde la reforma del año 1994, también al lado de la Constitución y con su misma jerarquía, los instrumentos internacionales revestidos de ese nivel supremo por el artículo 75 inc. 22. Como enseña Bidart Campos "en esa cúspide, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos son 'derecho', tienen juridicidad y fuerza normativa, y deben recibir aplicación, con descarte de toda norma inferior que les resulta incompatible" (Bidart Campos; 2001: 3)

En la Acordada 66.519 dictada en 1999, ha definido al interés del menor como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral, la protección de la persona y de los bienes de un menor dado. Entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizando en

concreto, ya que no cabe concebir un interés del menor puramente abstracto, máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad. Pues, lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente.

El espíritu que anima el derecho a ser oído del menor es fundamentalmente proteger su interés, más ello no es sinónimo de aceptar su deseo. De allí que sus opiniones deberán ser evaluadas por el sentenciante en conjunto con los demás elementos obrantes en el proceso y deberán ser meritadas en relación con el grado de evolución y madurez que presenta el niño, datos que surgirán de los informes que puedan obrar en autos (conf. C.N.C., Sala “B”, 7-VI-1999 en “El Derecho”, 186-499).

El 31 de octubre de 2012 el Acuerdo 2078 de la Suprema Corte de Justicia en la causa C. 116.673, "Z. , V. contra R., D. Medida cautelar", especifica que el interés superior del niño, se encuentra consagrado en el artículo 3 de la CDN que señala que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Se ha señalado, reiteradamente, que cuando se encuentran en pugna intereses de niños y adultos deben prevalecer el del niño (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; Ac. 87.832, sent. del 28-VII-2004; C. 115.080, sent. del 28-III-2012; CS, 12-VI-201, LL 26-VI-2012, p. 7). A su vez, el artículo 4 *in fine* de la ley 13.298, expresa: "En aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" (íd. art. 3 in fine, ley 26.061). El interés superior del niño, es

crecer en un espacio en donde se respeten sus derechos, el cual puede no convenir a los adultos.

VI. Aspectos normativos

Nada mejor que remitirnos al primer artículo del Código Civil y Comercial que nos habla de las fuentes del derecho, entre las que enumera la Constitución y los tratados de derechos humanos que hayan sido ratificados por nuestro país.

Este mismo artículo se refiere a que un correcto análisis tiene que tener en cuenta su finalidad. Complementándose con lo que indica el artículo segundo sobre este tema, explicitando que debe hacerse una interpretación gramatical, teleológica y axiológica de la ley. Sin embargo, como bien señala el artículo, cuando se quiere explicar y darle un sentido a la ley, hay ser coherente, a fin de evitar las contradicciones en el análisis. Esto, implica entender que el código, solo es una parte de un todo, o mejor dicho que una norma no es más que una parte del ordenamiento jurídico.

El sistema normativo puede presentar cierta complejidad si queremos tener un conocimiento acabado de todos los temas. No obstante, observamos que existe de una relación ineludible entre el Código, la Constitución y los Tratados Internacionales. Por lo tanto, quien aplica la ley o la interpreta, se encuentra olivado a establecer un diálogo de fuentes, para elaborar una decisión discursivamente coherente y razonable.

En el Código Civil y Comercial existe comunicabilidad de principios públicos y privados, que se proyectan en el derecho de familia. Son estos principios, los que pueden ser alegados a la hora de solicitar nulidades, en la medida que se afecte orden público familiar.

Cuando el codificador recepta los tratados de derechos humanos, reafirma el respeto a los derechos constitucionales, conformando un nutrido

bloque de constitucionalidad. En este sentido, se puede decir que se ha constitucionalizado el derecho privado, en tanto que la coherencia interpretativa que exige, ampliar la mirada a los derechos y principios convencionales, cuando en las decisiones se ponen en juego valores jurídicos.

VII. Algunas precisiones en materia de adopción

Anteriormente habíamos afirmado que el Código Civil y Comercial, en materia de adopción, se refiere en distintas partes al interés superior del niño.

Una buena exégesis del texto normativo nos obliga a detenernos en aquellos artículos que hacen una mención explícita a nuestro tema de interés. La simple lectura de la norma, nos lleva a preguntarnos, sobre aquello que nos quiere decir el codificador. El texto claramente resalta al interés superior como uno de los principios generales de la adopción que enuncia el artículo 595 en su inciso a). Si bien, el artículo solo lo menciona sin establecerse ningún tipo de precisiones, se consagra un principio de optimización, colocándolo como lineamiento para la resolución de problemas, tal como lo reconoce el derecho convencional. En este artículo se enuncian un conjunto de directrices que sirven tanto para descubrir el sentido de la ley, como para valorar las conductas normadas. Esta pauta interpretativa, proporciona un elemento objetivo a la decisión jurídica.

El derecho a ser oído también resulta ser una de los principios que opera en el instituto de la adopción. El artículo 595 inc. f) lo reconoce como un derecho que poseen los niños, las niñas y los adolescentes, es decir, durante todas las etapas previas a llegar a la vida adulta. No contento con esto se explicita que se tiene que tener en cuenta la edad de la persona que debe ser escuchada (aspecto objetivo), como así también la madurez que haya alcanzado (aspecto subjetivo).

Cuando el niño posea la edad de 10 años, resulta obligatorio requerir su consentimiento, sin aclarar para qué momentos, por lo que puede entenderse que se refiere a todos aquellos casos que tengan algún grado de relevancia para la persona del niño.

Si bien, es cierto que la aplicación de este criterio, puede producir sentencias contradictorias, no tiene nada de malo, pues la posibilidad de aplicar este principio, serve para lograr una fundamentación suficientemente motivada en las constancias de autos, sobre los cuales construir una línea argumental que consolide la decisión (Herrera; Carmelo y Picaso, 2016: 372).

Por último, nos parece que para agotar de alguna forma la relación entre el interés superior del niño y de la adopción, se requiere comentar los otros dos artículos -621 y 627-, que mencionan específicamente el interés superior como criterio de análisis de la posible situación. En el primer caso se refiere a la adopción conjunta entre personas divorciadas o que se encuentran separadas luego de haber vivido en unión convivencial.

Casos en los que iniciada la guarda durante la convivencia se produce con el tiempo de disolución de la relación sentimental, situación que amerita que se tenga en cuenta el vínculo creado entre el niño y los adoptantes. Dándose esta posibilidad se puede otorgar una adopción simultánea, conjunta o dual de los ex-cónyuges o ex-convivientes.

La norma obliga al juez a valorar la incidencia de la ruptura en la vida de los cónyuges, por lo que se deberá considerar especialmente el tipo de relación que mantienen las partes, en vista, a dicho interés, ya que el artículo 604 permite adoptar de forma conjunta a quienes se encuentren divorciados o hayan cesado su unión convivencial.

Al juez le compete evaluar la situación socio familiar de los pretensos adoptantes, en pos de resguardar el interés del niño. Podemos observar que

cualquiera sea el tipo de adopción, el juez cuenta con atributos suficientes para otorgarla o denegarla. Situación que se ve claramente, cuando en la adopción simple se permite al juez, mantener el vínculo jurídico con uno o varios familiares del adoptante.

El segundo caso que describe el artículo 627 inc. b), se produce en la adopción simple, por cuanto que la comunicación con la familia de origen va a depender de la conveniencia de ésta según el interés superior. Esta situación ha cobrado relevancia a partir del caso "Forneron", en el que la Corte IDH afirmó: "(…) que el disfrute mutuo en la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar". En caso contrario, se está coartando el derecho a la identidad, consagrado como otro de los principios en materia de adopción. Éste solo puede ser limitado en la medida que el mantenimiento de las relaciones con la familia de origen, sea perjudicial para el niño o adolescente, en tanto que resulta ser contrario a su mejor desarrollo socioafectivo.

VIII. Conclusión

Luego del análisis que hemos realizado, podemos concluir que la ley que reflejara en su contenido, la necesidad de complementación con los derechos convencionales. Esto impacta fuertemente en cada una de las instituciones del derecho de familia. Pues la comprensión, determinación y aplicación el interés superior es una cuestión transversal a cada uno de los institutos. Lo que implica una nueva mirada, orgánica y sistemática sobre la

interpretación del derecho, la cual siempre debe tener en cuenta una visión integral de los derechos humanos.[2]

[2] Bibliografía

ALEXY, Robert (1995). Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ALEXY, Robert (2003). El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa.

BASZ, Victoria y FELDSTEIN, Sara L. (1996). El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores. Buenos Aires: La Ley. LL 1996-B-610.

BIDART CAMPOS, Germán. (2001). La ley no es el techo del ordenamiento jurídico. La Ley, 1997–F–145. AR/DOC/15203/2001.

BELANDRO, Rubén Santos (2011). El interés superior del menor en el derecho internacional privado. Disponible en: www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulo-juridico/?hid=28. 12/03/2016.

GROSMAN, Cecilia (1998). Los derechos del niño en la familia. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

HERRERA, Marisa; CARMELO, Gustavo y PICASO Sebastián (2016). Código Civil y Comercial. Comentado. Disponible en: www.infojus.gov.ar. 20/03/2016.

HERRERA FIGUEROA, M. (1955). Justicia y sentido. Tucumán: Ministerio de educación de la Nación. Universidad Nacional de Tucumán.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (1994). "El derecho constitucional del menor a ser oído" en: Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

RODRÍGUEZ, César (1997). "Teoría del derecho y decisión judicial" en: La decisión judicial. El debate Hart. Dworkin. Bogotá: Universidad de los Andes.

Legislación

Ley provincial 13.298. www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13298.html. 2/02/2016.

Ley 26.061. www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Nuevo/26061.pdf. 15/02/2016.

Ley 10.903 de Patronato. 23118.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/...de... /Ley%2010903_patronato.pdf. 27/03/2016.

Jurisprudencia

Caso "Forneron e hija". (2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf. 22/12/2015.

Causa C. 115.103, "O. J.D". (2013). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En: www.scba.gov.ar. 27/12/2015.

Causa Ac. 70.180, "B., P. A. Adopción". (2000). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En: www.scba.gov.ar. 27/12/2015.

Causa C. 116.673, "Z., V. contra R., D. Medida cautelar". (2012). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En: www.scba.gov.ar. 2/02/2016.

Interrogante filosófico: ¿Es malo aquel que actúa de mala fe?

Jorge Oscar Rossi[1]

Sumario: I. Introducción. II. La malicia para “la gente”, versus la malicia para los abogados. III. Buena/mala fe “común”, versus buena/mala fe jurídica. IV. Buena/mala fe del profesional, versus buena/mala fe del profano. V. De vuelta sobre la conveniencia de formalizar el lenguaje jurídico. VI. Conclusiones (y respuesta al interrogante del título)

I. Introducción

Los conceptos de buena y mala fe son particularmente esquivos.

Tanto el Código Civil derogado como el actual Código Civil y Comercial (CCC) utilizan estos conceptos en abundancia. Lo mismo los abogados. Incluso en el lenguaje de todos los días aparecen bastante seguido estas expresiones. Claro que, en el lenguaje de todos los días, actuar de mala fe es sinónimo de actuar con malicia.

[1] Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón. Profesor Titular de "Teoría General de las Obligaciones” y “Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios" en la Universidad Abierta Interamericana.

Eso nos lleva a nuestro interrogante filosófico[2]: ¿Es malo aquel que actúa de mala fe?

II. La malicia para "la gente", versus la malicia para los abogados

Si vamos al diccionario, la Real Academia nos ilustra así: "*malo, la*[3]

Del lat. malus.

1. adj. De valor negativo, falto de las cualidades que cabe atribuirle por su naturaleza, función o destino.

2. adj. Nocivo para la salud.

3. adj. Que se opone a la lógica o a la moral…"

Y sobre la "mala fe":

"1. f. Doblez, alevosía.

2. f. Der. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta algún bien."

En cambio, en el supuesto lenguaje técnico de los abogados, la cosa se complica.

Por ejemplo, ¿Todo poseedor de mala fe actuó con malicia?

---

[2] Guastini expresa que "el propósito de la filosofía no es el conocimiento del mundo (ya que conocer el mundo es tarea de las diferentes ciencias), sino más modestamente, «la clarificación lógica de los pensamientos». La filosofía es, por lo tanto, no una ciencia o una doctrina sino una actividad: la filosofía es «crítica del lenguaje».
Y su lugar no está «al lado» de las ciencias (no se trata de una ciencia peculiar entre todas las demás), sino «por encima» de ellas desde el punto de vista lógico, y quizás «por debajo» de ellas desde el punto de vista axiológico. En definitiva, según esta visión, la filosofía no es otra cosa que un método: el análisis lógico del lenguaje, precisamente." Esto lo lleva a concluir que "la filosofía analítica del derecho positivo no es otra cosa que el análisis lógico del lenguaje jurídico". Guastini, Riccardo, "Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo". Disponible en Internet: http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Guastini%20-%20Filosofi%CC%81a%20ana%CC%81litica%20del%20derecho%20positivo.pdf. Consultado: 25/07/23.

[3] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <https://dle.rae.es> [Fecha de la consulta: 20/07/23].

Veamos:

Un comprador por boleto de compraventa que pretenda usucapir un inmueble, tendrá que acreditar 20 años de posesión pública pacífica y continua. Esto, porque no se lo considera apto para la usucapión breve o corta, dado que no tiene justo título ni es poseedor de buena fe, a tenor de lo dispuesto por el art. 1902 CCC.

¿Vamos a decir que su comportamiento fue malicioso, porque no sabía que el boleto de compraventa no cumple la formalidad requerida por el art. 1017 CCC para la transmisión de inmuebles; y por eso debía saber que no tiene justo título?

O, tomemos el caso de alguien que actúa con culpa, es decir, que omitió la debida diligencia de acuerdo a las circunstancias de tiempo persona y lugar, según lo prescribe el art. 1724 CCC. En otras palabras, que fue negligente. ¿Diremos que actuó en forma deshonesta? ¿Diremos que actuó de mala fe? ¿Diremos qué obró de buena fe, pero en forma negligente? Pero si actúo en forma negligente, ¿cumplió con su deber de prevención? Para cumplir con su deber de prevención, ¿no debía tomar las medidas razonables para evitar causar daño a otro? Si por negligencia no tomó las medidas razonables y causó daño a otro, incumpliendo con su deber de prevención[4],, ¿Podemos igualmente decir que actuó de buena fe?

[4] "ARTICULO 1710 CCC.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a) evitar causar un daño no justificado;

Nos detenemos un momento.

Volvamos a una de las acepciones de mala fe que nos da el diccionario de la RAE:

"2. f. Der. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta algún bien."

La RAE adjudica esta acepción al uso forense ("Der") y, además del vocablo "malicia", del que ya nos ocupamos, también utiliza otro: "temeridad". Hacer algo con temeridad o detentar un bien con temeridad, *implica hacerlo en forma imprudente, sin fundamento, razón o motivo*.[5]

Entonces, obrar de mala fe no equivale estrictamente a obrar con mala *intención.*

Así es… para los abogados. En la vida de todos los días, no es común decir que un imprudente (o un negligente), actuó con malicia. Al contrario, lo común es escuchar frases como "fue imprudente, pero no tuvo mala intención", "no lo quiso lastimar", etc.

---

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo."

[5] "temerario, ria

Del lat. temerarius.

1. adj. Dicho de una persona: Excesivamente imprudente arrostrando peligros.

2. adj. Propio de la persona temeraria.

3. adj. Dicho de una cosa: Dicha, hecha o pensada sin fundamento, razón o motivo. Juicio temerario."

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <https://dle.rae.es> [Fecha de la consulta: 20/07/23].

De hecho, como mencionamos, esta segunda acepción de mala fe es de uso forense. La primera acepción (“Doblez, alevosía”), es la que, tal vez con otras palabras, se corresponde al uso cotidiano de la expresión “mala fe”.

III. Buena/mala fe “común”, versus buena/mala fe jurídica

El problema, como muchas veces, es el lenguaje.

Es necesario diferenciar la buena / mala fe como expresión técnico jurídica, de la buena fe como aquella expresión de contenido moral utilizada en el lenguaje de todos los días.

La buena / mala fe, como expresión técnico jurídica, se refiere a una conducta. Estrictamente, no nos preocupa lo que pensó ese sujeto, sino cómo actuó. Al derecho le interesan las conductas, no las motivaciones meramente internas, O sea no exteriorizadas.

Cuando las normas prescriben la buena fe, se refieren a un principio jurídico, que se utilizará para evaluar una conducta. Este principio de buena fe es una pauta de interpretación que nos permite subsumir determinada conducta en una u otra norma.

Cuando el art. 9 del Código Civil y Comercial (CCC) prescribe que "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe", nos da una pauta de cómo debe realizarse una conducta (ejercer los derechos)

Si alguien cumplió con el contrato y con las expectativas que razonablemente pudo tener la contraparte, diremos que actuó de buena fe[6]. No interesa que lo haya hecho por temor a posibles sanciones o para perjudicar a la competencia o porque el contrato en cuestión le da extraordinarios beneficios.

Si alguien no exigió el informe de dominio cuando compró un automotor, se reputará que actuó de mala fe, porque nuestro ordenamiento jurídico no lo considera adquirente de buena fe[7] y no podrá repeler una reivindicación[8], ni tendrá derecho de ser resarcido[9], ni podrá utilizar la usucapión corta[10].

Por nuestra parte, definimos a la buena fe, como expresión técnico jurídica, *como aquel principio general de interpretación jurídica, aplicable al ejercicio de los derechos*, que *consiste en ejercer diligentemente esos derechos, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar.*

Cuando hablamos de ejercicio "diligente", nos referimos a un comportamiento atento, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona

[6] "ARTICULO 961 CCC.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor."

[7] "ARTICULO 16 Decreto-Ley Nº 6582/58, ratificado por la Ley Nº 14.467.- A los efectos de la buena fe previstos en los artículos 2º, 3º y 4º del presente, **se presume que los que adquieren derechos sobre un automotor, conocen las constancias de su inscripción y de las demás anotaciones** que respecto de aquél obran en el Registro de la Propiedad del Automotor, **aun cuando no hayan exigido del titular o del disponente del bien, la exhibición del certificado de dominio** que se establece en este artículo."

[8] ARTICULO 2 Decreto-Ley Nº 6582/58

[9] ARTICULO 3 Decreto-Ley Nº 6582/58

[10] ARTICULO 4 Decreto-Ley Nº 6582/58

y lugar. Por ejemplo, es el comportamiento “cuidadoso y previsor” que exige, en materia contractual, el art. 961 CCC.

Construimos esta noción, por oposición a la de culpa, contenida ahora en el art. 1724 CCC: *“La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión”.*

Es decir, *el mero obrar culposo es un obrar de mala fe*, porque implica un ejercicio negligente, imprudente o "desatento" de los derechos.

En definitiva, la mala fe, como expresión técnico jurídica, puede ser definida estipulativamente[11] como análoga al factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

A su turno, como expresamos, la buena fe puede ser definida estipulativamente como análoga al comportamiento diligente, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar.

Para dar un ejemplo: El que compró un automotor y no exigió el informe de dominio, puede haber obrado de buena fe, desde el punto de vista de la moral pública, confiado en lo que le decía el vendedor y sin el menor ánimo de perjudicar a nadie, pero jurídicamente, no es adquirente de buena

[11] Sobre el tema, el lector interesado puede ver nuestro artículo "Definiciones “ontológicas” versus definiciones especulativas", publicado en el Volumen XIV de FILOCAM, pág. 8 y sgtes. En Internet: https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2021/10/Filocam-Octubre-Volumen-XIV.pdf

fe, porque su conducta no es reputada como diligente por el ordenamiento jurídico positivo.

Tal vez, si hacemos un ejercicio lingüístico, esta situación pueda resultar menos chocante. Reemplacemos “principio jurídico de buena fe” por “principio de diligencia”: y “principio jurídico de mala fe”, por “principio de culpabilidad”.

Ahora, cambiemos el párrafo anterior:

El que compró un automotor y no exigió el informe de dominio puede haber obrado de buena fe, confiado en lo que le decía el vendedor y sin el menor ánimo de perjudicar a nadie, pero no tuvo un comportamiento atento, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar. Su comportamiento no fue “cuidadoso y previsor”, y por ello, no es un adquirente diligente, porque su conducta no es reputada como diligente por el ordenamiento jurídico positivo.

Dejamos la expresión “buena fe” para el ámbito de la moral pública (entendida como aquel concepto moral utilizado en el lenguaje de todos los días), y utilizamos la expresión “diligencia” para el ámbito jurídico. Avanzando un paso más, podemos decir que, en el caso en análisis, el legislador optó por proteger al adquirente diligente. La buena o mala fe de esta persona es un asunto que no interesa al legislador. Lo que le importa es su conducta.

Sin embargo, como el ordenamiento jurídico positivo conserva y utiliza en muchos casos las expresiones buena y mala fe, tendremos que seguir

usándolas, para entendernos con propios y ajenos. Solo que, a fin de evitar equívocos, debemos tener en mente de cual buena o mala fe estamos hablando: la jurídica o la de la moral pública.

IV. Buena/mala fe del profesional, versus buena/mala fe del profano

Como sabemos, el art. 1710 inc. b del CCC impone el deber de "adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud..."

Se trata de la adopción expresa del principio romano conocido como "neminem laedere": no dañar a nadie.

Ahora bien, el CCC establece un distinto alcance del deber de prevención según la profesionalidad del sujeto. Esto surge muy claramente del artículo 1725:

"ARTICULO 1725.- Valoración de la conducta. *Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible* al agente *y la valoración de la previsibilidad* de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos

casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente." *(la cursiva es nuestra)*

El alcance del deber de prevención está directamente relacionado con la previsibilidad.

En efecto, cuánto mayor probabilidad de prever las consecuencias de los actos, mayor es el deber de evitar potenciales daños causados por dichas consecuencias.

El especialista en una actividad o materia se diferencia del profano en su mayor conocimiento de la misma. Ese mayor conocimiento le permite prever con mayor precisión y alcance las consecuencias valiosas o disvaliosas de sus actos u omisiones. El obrar diligente (es decir, de buena fe) del profesional, debe medirse con una vara distinta a la del profano porque, justamente, son distintas las "circunstancias relativas a la persona" (arg. conf. art. 1724 CCC)

V. De vuelta sobre la conveniencia de formalizar el lenguaje jurídico

En varios trabajos anteriores[12] nos pronunciábamos sobre la necesidad de formalizar el lenguaje jurídico, es decir, de someterlo a unas reglas fijas de formación de expresiones y significados, con la finalidad de dotar de precisión y universalidad a sus términos. Al respecto, destacábamos

[12] "Una mirada (escéptica) sobre el principio de reparación plena", publicado en el N° 29 de la Revista Filocam, pág. 25 y sgtes, en enero de 2023. En Internet: https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2023/01/Filocam-Volumen-XXIX.pdf y "Cuantificación de daños y formalización del lenguaje jurídico", publicado en el N° 27 de la Revista Filocam, pág. 42 y sgtes, en noviembre de 2022. En Internet: https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2022/11/Filocam-Volumen-XXVII.pdf .

que una de sus ventajas consiste en reducir la “equivocidad” a la hora de argumentar.

En una época en que se insiste con el "lenguaje claro" en sentencias y normas, cabe expresar, con Cárdenas-Marín, Reyes Solís y Viteri Bazante[13] que "Formalizar el lenguaje no es una vanidad, sino que tiene un fin: facilitar la comprensión de lo que se quiere transmitir, dejar de lado ambigüedades que pueden generar problemas de comprensión..."

La carga emotiva de las palabras, en ocasiones propicia discusiones evitables. Buena fe y mala fe son expresiones con una fuerte carga de emotividad en el lenguaje cotidiano.

Por otra parte, una de las funciones de la formalización del lenguaje es la eliminación, dentro de un sistema normativo dado, de términos total o parcialmente diferentes para designar o referirse a lo mismo. Si un sistema normativo utiliza expresiones tales como “diligencia” y “buena fe”, para predicar lo mismo de una conducta, es conveniente suprimir una de esas expresiones, para evitar dificultades interpretativas.

Por las dudas, vamos a expresarlo de otra manera: Si un sistema normativo utiliza en determinadas normas el término “diligencia”, respecto de

[13] Cárdenas-Marín, William Orlando, Reyes Solís, Darwin Bellini, y Viteri Bazante, Frank Bolívar, "La formalización lógica del lenguaje como punto de partida para el análisis objetivo del discurso y la argumentación científica". Sophia, Colección de Filosofía de la Educación, núm. 22, pp. 99-121, 2017. Universidad Politécnica Salesiana. Disponible en: https://revistas.ups.edu.ec/index.php/sophia/article/view/22.2017.04 . Consultado: 24/07/23.

una conducta y en otras normas utiliza la expresión “buena fe”, también respecto de una conducta, caben dos posibilidades:

1) Que buena fe y diligencia no signifiquen lo mismo. En ese caso, es razonable la utilización de diferentes términos.

2) Que buena fe y diligencia signifiquen lo mismo. Esto no es lo esperable. Si significan lo mismo, ¿para qué usar diferentes términos?

Como no es lo esperable, es probable que algún interprete decida dar un significado diferente. Otros intérpretes, como el suscripto, pueden llegar a la conclusión de que, dentro de ese sistema normativo, buena fe y diligencia significan lo mismo.

Estos problemas dan lugar a múltiples discusiones. Veamos, por ejemplo, dos casos del Código Civil derogado:

"Art. 521. Si la inejecución de la obligación fuese ***maliciosa*** *los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.*

En este caso, no será aplicable el tope porcentual previsto en el último párrafo del artículo 505."

La expresión “maliciosa”, ¿es equivalente a “dolosa”? ¿o “maliciosa” indica algo diferente a “dolosa”[14]?

[14] Por ejemplo, un tipo de dolo “agravado” o un dolo “con intención de dañar”. Ver Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto, “Derecho de Obligaciones”, Editorial Abeledo Perrot, 1° edición, 1° reimpresión, pág. 195.

"Art. 1.078. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos."

La expresión "agravio", ¿es equivalente a "daño"? ¿o "agravio" indica algo diferente a "daño"[15]?

Por último, veamos un caso de nuestro vigente Código Civil y Comercial:

ARTICULO 1092.- Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

[15] Por ejemplo, daño causado con dolo. Ver Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto, op. cit. págs. 290 y 292

ARTICULO 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, ***para su uso privado, familiar o social.***

La expresión "para su uso privado, familiar o social", ¿es equivalente a "en beneficio propio o de su grupo familiar o social"? ¿o "para su uso privado, familiar o social" indica algo diferente a "en beneficio propio o de su grupo familiar o social"[16]?

VI. Conclusiones (y respuesta al interrogante del título)

1) Es necesario diferenciar la buena / mala fe como expresión técnico jurídica de la buena fe como aquella expresión de contenido moral utilizada en el lenguaje de todos los días.

2) La buena / mala fe, como expresión técnico jurídica, se refiere a una conducta.

3) Cuando las normas prescriben la buena fe, se refieren a un principio jurídico que se utiliza para evaluar una conducta. Este principio de buena fe es una pauta de interpretación que nos permite subsumir determinada conducta en una u otra norma.

[16] Tratamos este tema en nuestro libro "Derecho de Consumidores y Usuarios", de Ediciones D&D, año 2017, págs. 41 y 42.

4) Definimos a la buena fe, como expresión técnico jurídica, como aquel principio general de interpretación jurídica, aplicable al ejercicio de los derechos, que consiste en ejercer diligentemente esos derechos, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar.

5) Por oposición, el mero obrar culposo es un obrar de mala fe, porque implica un ejercicio negligente, imprudente o "desatento" de los derechos.

6) La mala fe, como expresión técnico jurídica, puede ser definida estipulativamente como análoga al factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

7) En lenguaje técnico jurídico, obrar de mala fe no equivale estrictamente a obrar con mala intención, dado que el obrar con culpa también está incluido en esa categoría.

8) En el lenguaje cotidiano, no es común decir que un imprudente (o un negligente), actuó con malicia. Al contrario, lo común es escuchar frases como “fue imprudente, pero no tuvo mala intención”, “no lo quiso lastimar”, etc.

9) Para minimizar equívocos, postulamos dejar la expresión “buena fe” para el ámbito de la moral pública (entendida como aquel concepto moral utilizado en el lenguaje de todos los días), y utilizar la expresión “diligencia” para el ámbito jurídico.

10) Por la misma razón que en el punto anterior, postulamos dejar la expresión “mala fe” para el ámbito de la moral pública (entendida como aquel concepto moral utilizado en el lenguaje de todos los días), y utilizar la expresión “culpabilidad” para el ámbito jurídico.

11) El CCC establece un distinto alcance del deber de prevención según la profesionalidad del sujeto, dado que la extensión del deber de prevención está directamente relacionada con la previsibilidad.

12) Es necesario avanzar en la formalización del lenguaje jurídico, es decir, de someterlo a unas reglas fijas de formación de expresiones y significados, con la finalidad de dotar de precisión y universalidad a sus términos.

13) Una de las funciones de la formalización del lenguaje es la eliminación, dentro de un sistema normativo dado, de términos total o parcialmente diferentes para designar o referirse a lo mismo.

14) Respondiendo al interrogante del título: No, no necesariamente es malo aquel que actúa de mala fe.

Justicia Restaurativa O.R.A.C. ¿principio de solución para algunos delitos?

Sandra Elizabeth Balzano[1]

Me abocaré al análisis de la Ley 13433/2005 de MEDIACIÓN PENAL de la Provincia de Buenos Aires, una ley innovadora al incorporar a la víctima como protagonista en el proceso para que se reponga su situación, sin ingresar a la violencia que todo proceso penal conlleva ínsito y acercarse a la problemática social, descongestionando el sistema de aquellas situaciones que serían mejor resueltas con la reparación acordado por las partes que con la aplicación de penas privativas de libertad, sin ningún tipo de solución más que la aplicación de una pena.

Dentro de los fundamentos de la ley, se justifica su implementación en el principio de oportunidad y en el propio Código Procesal Penal[2] que permite establecer alternativas a la resolución de conflictos, entendiendo que el delito es un conflicto que debe repararse y no como una mera infracción a la norma, lo que permite dejar de ver al Estado como "*el dueño único del conflicto*, *el entender al Poder Judicial como parte esencial del Estado y sus*

[1] Abogada, Docente Universitaria, Abogada del Niño del Departamento Judicial de Morón, directora de la Comisión de enlace con la Comunidad del CAM, Especializada en derecho de familia (UBA); Posgrado en Derecho de Familia e Interdisciplina UNMDP-CAM.

[2] Fundamentos legislativos: …" *el artículo 38 de la Ley 12.061 establece que el Ministerio Público: "propiciará y promoverá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permita la solución pacifica de conflictos", mientras que el artículo 37 de la misma ley faculta al Ministerio Público a la utilización de un "principio de oportunidad", para determinados casos. Asimismo, los artículos 86 y 87 del Código Procesal Penal de la Provincia utilizan los términos "reparación voluntaria del daño", "solución o morigeración del conflicto", al referirse a la situación de la víctima. Finalmente, con la sanción de la Ley 13.183 de reforma al Código Procesal Penal, se refuerza esta tendencia al incorporar los llamados criterios de oportunidad reglados en los artículos 56 y 56 bis*…"

actos como un verdadero servicio en la búsqueda de la paz social, el priorizar la prevención a la represión; son todas caras de una misma moneda"[3].

Como se observa, sin decirlo, es el primer acercamiento a la justicia restaurativa que se puede verificar, a ello se le suma el trabajo realizado por Expertos y Expertas de la Gestión Pública del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires Análisis del Programa de Justicia Restaurativa en el Complejo Penitenciario Conurbano Norte de San Martín, año 2018[4] y el dictado de la Ley 15232/2020 Ley de Víctimas[5] que viene a completar este proceso reparatorio para las víctimas que siempre fueron las grandes olvidadas de todos los procesos.

La finalidad de la Mediación Penal está reglada en el art 2 de la Le 14344 "… *pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimación, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los prejuicios derivados del proceso penal*".

El art. 3 establece El procedimiento el que se *regirá por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad, y neutralidad o imparcialidad de los mediadores. Siempre será necesario el expreso consentimiento de la víctima.*

[3] Parte de los fundamentos legislativos.

[4] Autoras: María Laura Pagani Valeria Pau Andrés Lopez: *"Los recursos, nos insume tiempo y dinero. Hacemos lo que podemos. Ahora quiero llevar fruta, porque por ahí no comen. Los cuadernos y útiles, eso también lo compramos nosotros…" (Entrevista a agente Judicial 1). "Este trabajo en conjunto tiene que estar aprobado por resolución, estar en las competencias del personal penitenciario. Justicia Restaurativa tiene que estar instaurado en un sistema más general, sólo no va a alcanzar. Justicia Restaurativa interpela a los actores del sistema, esto es innovador. Hay que capitalizar el conocimiento" (Entrevista a agente del Servicio Penitenciario)."*

[5] Reconoce y garantiza, a las personas víctimas de presuntos delitos, sus derechos en todas las etapas del Proceso Penal. Modifica las Leyes 11922, 12256 y 13634

Ello en razón de que la víctima participará del proceso como parte importante y su decisión o propuestas de aceptación será primordial para construir acuerdos satisfactorios y viables y, no sólo, el consentimiento que exige otros modos alternativos, como ser la suspensión del juicio a prueba.

Requisitos para acceder a los mecanismos de justicia restaurativa.

La ley de Mediación Penal establece como requisitos para acceder al ORAC[6], siempre que se trate de causas correccionales. Sin perjuicio de lo anterior, se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen: *a) Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad. b) Causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial.* En caso de causas en las que concurran delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la *pena máxima no excediese de seis años.*

No procederá el trámite de la mediación penal en aquellas causas que: *a) La o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las Leyes 13.944 y 24.270*[7]*. b) Los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública. c) Causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 – Delitos contra la vida); Título 3 (Delitos contra la integridad sexual); Título 6 (Capítulo 2 – Robo). d) Título 10 Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional.* No se admitirá una nueva mediación penal respecto de *quien hubiese incumplido un acuerdo en un trámite anterior o no*

[6] Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental deberá tomar intervención en cada caso en que los Agentes Fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria.

[7] LEY DE INCUMPLIMIENTO DE ASISTENCIA FAMILIAR y LEY DE IMPEDIMENTO DE CONTACTO (en ese orden). La primera tiene relación con el no pago de cuota alimentaria y la segunda cuando el progenitor conviviente con el/los niños/as impide el contacto con el progenitor no conviviente.

haya transcurrido un mínimo de cinco años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflictos penal en otra investigación. A los fines de garantizar la igualdad ante la ley, el Ministerio Público deberá arbitrar mecanismos tendientes a unificar el criterio de aplicación del presente régimen.

La ORAC es una oficina distinta dentro del MPF. *Su intervención puede ser requerida por el MPF y/o por las Partes, debiendo remitir la IPP (Investigación Penal Preparatoria) por parte del MPF.* Se citará a las partes y si concurren se les hará saber y suscribir el convenio de confidencialidad, todas las audiencias - conjuntas o separadas- serán orales y se labrará un acta que contenga la conclusión del acuerdo sin especificar o no el acuerdo. A diferencia de lo que pasa en España, aquí no se reconocen los hechos ni es una condición para solicitarla.

Si el acuerdo se repara en el momento, se elevará el acta y el MPF ARCHIVARÁN las actuaciones. Para el caso que contenga obligaciones para todas o ambas partes, se establecerá el plazo para su realización. Con esta especificación el Archivo será condicionado al cumplimiento. Una vez cumplido, su ARCHIVO será definitivo. El cumplimiento deficiente hace caer el acuerdo y se sigue con el juicio.

Existe un registro de Resolución de Conflictos Penales y su consulta es obligatoria para todos las ORAC Departamental, a los fines de poder corroborar que no haya incumplimientos anteriores o que se haya respetado el plazo de 5 años para una nueva.

Prohibición o no de su utilización en casos de violencia de género. Valoración crítica.

Como se observa, en la Provincia de Buenos Aires no existe la prohibición expresa que impida mediar en las cuestiones de violencia de

género en la ley de creación de la ORAC. Sin embargo, la aplicación de las medidas cautelares civiles[8] trae aparejado que, abogados patrocinantes se opongan a esta alternativa bajo el argumento de peligro o de implementación de la medidas de restricción, sin perjuicio que -dable aclarar - la ley de protección claramente establece que en el ámbito judicial no es aplicable y siendo la ORAC Departamental un ámbito derivado del MPF, ese argumento cae por su propio peso, impidiendo que se logren acuerdos sostenibles en pos de garantizar la seguridad de las presuntas víctimas de violencia de género, sobre todo, intrafamiliares o derivadas de relaciones que generen vínculos

No establece la ley de MEDIACIÓN la posibilidad de realizar las mismas por medios telemáticos, lo que sería una solución para cualquier argumento impeditivo, ya que de esta forma y, evitando la presencialidad y el contacto con el agresor, la víctima se sentirá más segura, confiada y dispuesta a escuchar alternativas reparadoras, no solo económicas, sino también morales, psicológicas y sociales; pudiendo empezar así su resiliencia.

De hecho, el art. 9 e) (Garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación) de la Ley 26485 se advierte contradictorio, ya que por un lado garantiza el empoderamiento y por el otro invalida la capacidad resolutiva de la mujer en la toma de sus propias decisiones.

[8] Ley 12569 y la Ley 26485 art.9 e) Garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación;

La mujer, al participar adecuadamente de las audiencias celebradas en la ORAC, podrá proponer condiciones de cumplimiento, lo que conlleva a que, si el agresor no las cumple, el juicio será inevitable. Podría proponer la realización de terapias cognitivas conductuales, cursos de Nuevas Masculinidades y Diálogo Parental, acreditando su asistencia y un informe por parte de los responsables de los cursos, trabajo social en alguna institución u organismo especializado en violencia de género, reparando las cosas con prohibición de relacionarse, etc. mientras continúa la prohibición de acercamiento a la víctima hasta que concluya las medidas acordadas en la ORAC.

Lo cierto es que, para avanzar en estas soluciones, hay que capacitar a los OPERADORES JUDICIALES, ya que las experiencias realizadas en distintos ámbitos dan resultado y evita o disminuye la reincidencia por medio de una composición responsable del conflicto trabajado por las partes.

Tomando las palabras del Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Pcia de Bs.As. Julio Alak[9] "La aplicación de la justicia restaurativa, el acercamiento familiar a los internos, darles un propósito, un motivo digno por el cual luchar, trabajar desde los Municipios para conseguir trabajos dignos que les permita el sostenimiento familiar, en estos 4 años, en el Conurbano, de 46.5% de reincidencia, ha bajado a 20.2%" y, este dato no es menor, ya que de esta manera también podría reducirse la violencia instaurada en todos los ámbitos que la ley de violencia contra la mujer Ley 26485 establece y describe en el art. 5 y la modalidades descritas en el art. 6.

Concluyendo, la justicia, como poder político, tiene que abrir su marco de incumbencia y, mientras tanto imparte justicia, debe hacer docencia. La

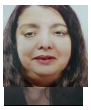
[9] III ENCUENTRO NACIONAL E INTERNACIONAL DE NINOS/AS EN CONTEXTO DE ENCIERRO, http://www.spb.gba.gov.ar. Dirección de Niñez, 13/14/15 de Julio de 2023. En el que entre otros países (17 en total) expuso España.

justicia RESTAURATIVA abarca ambas aristas hasta tanto no exista una clara voluntad política de Educar y controlar la asistencia obligatoria con medida reales de contralor y sanción a los responsables, sin impedir que todos los actores de un conflicto puedan lograr soluciones pacíficas y efectivas, reales y reparadoras. De ahí que la contradicción señalada perpetúe la subestimación de la mujer para tomar decisiones apropiadas o proponer soluciones adecuadas para la restauración de un conflicto.

El Estado cuenta con las herramientas necesarias para prevenir y la falta de utilización de esas herramientas (interdisciplinariedad real) conlleva la perpetuación de conflictos que podría solucionarse de forma adecuada, controlada y no solo sancionatoria. De esta forma se busca llevar adelante y hacer cumplir la políticas públicas o principios rectores que sustentan la ley citada: Preceptos rectores. Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores: a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres; b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres; c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia; d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios; e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil,

comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales; f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece; g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley; h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

La democracia y los movimientos sociales



Patricia A. Cozzo Villafañe[1]

Resumen: La defensa de los derechos humanos se ejerce por medio de las organizaciones sociales. Se relacionan con las denuncias, control y limitación del abuso de poder. Los límites al ejercicio del poder por parte de las democracias se encuentran dada por medio de las Organizaciones no Gubernamentales y Organizaciones de la Sociedad Civil y los efectos que los mismos generan desde lo político.

Sociedad Civil – Derechos Humanos – Judicialización Política

SUMMARY. The defense of human rights is exercised through social organizations. They are related to the denunciations, control and limitation of the abuse of power. The limits to the exercise of power by democracies is given through Non-Governmental Organizations and Civil Society Organizations and the effects that they generate from the political.

Civil Society – Human Rights – Political Judicialization

[1] Abogada. Especialista en Tributación Local por la Universidad de Tres de Febrero. Miembro del Observatorio de Derecho Penal Tributario de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de AAEF. Miembro del Instituto de Derecho Tributario de la FACA. Doctoranda en Ciencias Jurídicas con tesis en Derecho Penal Tributario y Económico. Autora de artículos de la especialidad. Colaboradora en la redacción de 6 tratados colectivos. Autora del libro "Asociación ilícita tributaria. Moratorias, blanqueos, política criminal y derechos humanos" Conferencista Internacional. Colaboradora para la reforma legislativa en materia penal tributaria en la República Argentina.

Límites de la Representación democrática.

Las democracias representativas se alejan de las definiciones clásicas de “gobierno del pueblo” y en ellos se encuentra separado los electores y los elegidos. Los gobernantes ejercen el poder por mandato de los electores y no por cualidades especiales. Como en un tiempo que era el gobierno de los mejores. En la democracia representativa existe un gobierno gestionado por quienes se dedican a la “cosa pública”.

Existe entre gobernantes y gobernados una relación de fiscalización. El mecanismo de control por excelencia son las elecciones mediante las cuales se evalúa la calidad de la gestión. En caso que los electores estén conformes volverán a votar al mismo o en su defecto a alguna otra persona que pertenece al mismo partido político o coalición electoral.[2]

Para que esto pueda lograrse debe existir una profesionalización de los candidatos, garantizar la transparencia y el gobierno abierto y también las instituciones deben ser impersonales y no hallarse bajo el influjo de los partidos políticos.

Estos sistemas democráticos hoy día se encuentran en crisis ya que existe desigualdad hasta en lo que es el acceso a la información. En estas democracias existe la división de poderes y rendición de cuentas.

Existen diversas formas de rendición de cuentas que puede ser vertical referida a la capacidad de ejercer un juicio retrospectivo, como puede ser la evaluación de políticas ejecutadas y el prospectivo que es evaluar las promesas electorales. También existe el control entre los diferentes poderes del estado. También las trasgresiones ilegales referida a las ventajas que obtienen para si los funcionarios públicos.

[2] TILLY, Charles (2004) ¿De dónde vienen los derechos?, Revista Sociológica, 1955, pp. 273-300

En América Latina existe un escaso control o rendición de cuentas ya que los tribunales no tienen un gran compromiso para controlar los abusos de poder o actos de corrupción por parte de los funcionarios.

Se puede afirmar que este mecanismo de rendición de cuentas se encuentra manejado por una elite.

Rol de las organizaciones de la sociedad civil

Existen países donde las ONG ejercen un importante rol y son aquellos donde prima un estado social de derecho y el poder constituyente es un importante pilar. Existe el referéndum, plebiscito, la iniciativa popular o sea que se puede afirmar que en el mismo texto constitucional hace que conviva la democracia representativa y también la democracia participativa adicionando así a diferentes factores sociales.

Los derechos humanos son los que deben regir las acciones del estado. Estos derechos humanos son defendidos por las diferentes organizaciones sociales. Estas se encargan de organizar a los grupos de la sociedad civil lo que se conjuga con los medios de comunicación. Existe una suerte de politización de los estados legalistas que sustentan a los derechos humanos, tal es así que hay muchas interpretaciones jurídicas. [3]

También existe ONG defensoras de derechos humanos que se vinculan a redes trasnacionales de acción y logran así cuestionar algunas decisiones del estado y realizar denuncias respecto de su violación.[4]

Esto tiene una gran importancia ya que suelen limitar el poder del estado y de esta manera logran reducir la brecha entre gobernantes y

[3] VELEZ RENDON, Juan Carlos (2009) "Un Nuevo liderazgo simbólico" Las Organizaciones de víctimas y el conflicto armado colombiano. Pp. 97-124.

[4] LANDMAN, Tood (2006) Studyng Human Rights. New York: Routhedge.

gobernados. De esta manera se dedica a vigilar y denunciar actos de corrupción al punto tal que se llega a la "judicialización de la política".

Las ONG son actores colectivos de la sociedad civil y cada vez se tornan más complejos y la política tiende a ser internacional como consecuencia de la globalización. Son políticas para reivindicar las libertades, con intervenciones humanísticas como la Cruz Roja o médicos sin fronteras. Este fenómeno comenzó en 1948.

Algunas de estas ONG tienen roles consultivos por parte de los órganos estatales. Al principio no eran tan importantes. En la actualidad se puede afirmar que las ONG reúnen mucha información, y hasta poder de lobby ante diferentes personas vinculadas al poder político. Aceptan donaciones de fundaciones internacionales por lo tanto son importantes para la toma de decisión a nivel mundial.

Politización de los derechos humanos

Las ONG que se ocupan de diferentes derechos humanos son colectivos que cuentan con recursos económicos y con capacidad de confrontación al exigir el cumplimiento de los derechos fundamentales.[5]

Existe un activismo tanto político como jurídico, que busca también reunir información y se enfoca en cuestiones conflictivas y por otro lado busca difundir la cultura de la paz.

A su vez existe un control también de los ámbitos internacionales respecto al cumplimiento legal por parte del estado. También se maneja utilizando las redes sociales.

[5] URIBE DE HINCAPIE, María Teresa (2001) "Las promesas incumplidas de la democracia participativa. Ponencia presentada en el seminario de evaluación a diez años de la Constitución Colombiana, Bogotá. Universidad Nacional.

Tomando en cuenta el marco jurídico que surge de los tratados internacionales y ese marco normativo al activismo jurídico utiliza la denuncia de violación de los derechos humanos como elemento de presión. En estos casos existen un equipo de abogados que se maneja en el ámbito local y también tienen status consultivo ante la Organización de Estados Americanos y en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se dedican a la discusión de cuestiones políticas ya sea internas o regional y también existen quienes ayudan económicamente a que estas tareas puedan llevarse adelante.

La intervención en zonas de conflicto y construcción de paz busca la intervención de los derechos humanos en zonas de conflicto. Por ejemplo, en territorios que son el teatro de operaciones de conflictos armados buscando asistir a las víctimas y a la población civil.

La construcción de la paz se refiere a una serie de proyectos vinculados a "Democracia y desarrollo" y su objetivo es que las comunidades afectadas superen el conflicto.

No solo denuncia al Estado, sino que busca el fortalecimiento institucional del mismo en el marco de la democracia.[6]

Existen diferentes activismos como por ejemplo la defensa de los derechos humanos con perspectivas de género. Apoyo a mujeres víctimas de conflictos armados y su grupo familiar. También existe el activismo enfocado a que grupos de personas discriminadas como el colectivo LGTB. [7]

En otros países de la región las desapariciones forzadas de personas ligadas a grupos de autodefensas, esto generó un gran movimiento de

[6] CARDENAS Sonia (2010) Human Rights in Latin America. A. Politics of terror and hope. Philadelphia University of Pensilvania press".

[7] MANIN, Bernard (1995) "la democracia de los modernos. Principios del gobierno representativo. Revista Sociedad. ´ ´. 13-38

víctimas que buscaba el resarcimiento cultural, patrimonial, económico, social. Diversos procesos de paz llevadas adelante por ejemplo en Colombia o en nuestro país Argentina durante la dictadura militar que produjo la desaparición de 30.000 personas.

Estas se consolidaron y crecen en las zonas donde existen mayores conflictos.

Existen diferentes tipos de ONG dedicadas a reunir información, otras dedicadas a realizar una labor de campo y otras dedicadas a realizar denuncias a nivel internacional.

Las ONG de derechos humanos en la democracia se establecen por la politización de cada uno de sus reclamos frente a quienes violentan estos principios y se exceden en el uso del poder.

Conclusión

Esto fue muchas veces cuestionado ya que solo pueden acceder a estas organizaciones personas con un alto nivel de ingresos. No obstante, lo cual permiten que la violación de derechos humanos sea visibilizada como así también la situación de vulnerabilidad en que se encuentran algunos colectivos. No buscan un resarcimiento económico, sino que se cumpla con el derecho humano violado.

Las mismas son un límite frente al abuso del poder estatal. Ellas también se dedican a colocar determinadas temáticas en agenda.

BIBLIOGRAFIA

CARDENAS Sonia (2010) Human Rights in Latin-America. A. Politics of terror and hope. Philadelphia University of Pensilvania press"

LANDMAN, Tood (2006) Studyng Human Rights. New York Routhedge.

MANIN, Bernard (1995) “la democracia de los modernos. Principios del gobierno representativo. Revista Sociedad. 13-38

TILLY, Charles (2004) ¿De dónde vienen los derechos?, Revista Sociológica, 1955, pp. 273-300.

URIBE DE HINCAPIE, María Teresa (2001) “Las promesas incumplidas de la democracia participativa. Ponencia presentada en el seminario de evaluación a diez años de la Constitución Colombiana, Bogotá. Universidad Nacional.

VELEZ RENDON, Juan Carlos (2009) “Un Nuevo liderazgo simbólico” Las Organizaciones de víctimas y el conflicto armado colombiano. Pp. 97-124.

Educación: La crítica y ¿cómo debería ser para Arthur Schopenhauer?

José María Novoa[1]

Es muy interesante conocer las ideas de Arthur Schopenhauer en materia de "educación natural", sobre todo conociendo de un aprendizaje totalmente distinto al que él propone. Se podría decir que, todos hemos sido educados en una combinación de los sistemas filosóficos que dicen René Descartes (1596-1650) en el Discurso del Método y Jaime Balmes (1810-1848) en su obra El Criterio.

Arthur Schopenhauer, parte de la naturaleza de nuestro intelecto, en que las ideas que surgen del mismo son abstracciones producto de nuestras percepciones. Por lo que, queda establecido que primero la percepción y luego la abstracción, produciéndose de esta manera que el único maestro será la propia experiencia; con la ventaja para el hombre que solo el conoce que percepciones hay bajo cada idea y lo que esta representa, porque puede aplicarla en su medida cuando la necesita. Este es el llamado proceso de "educación natural".

El sistema artificial es totalmente opuesto. Lo que se enseña, lo que nos cuentan y relatan, las lecturas que nos imponen, nos llenan el cerebro de conocimientos, los que van tener prioridad delante del mundo visible. De esta forma, se tiene la idea que luego las experiencias darán las percepciones que serán el sostén de las nociones. Así, cuando estas ideas son aplicadas a errores surge que se ven las cosas falsas lo que lleva a sentenciar absurdos.

1 Abogado Universidad de Morón. Ex profesor de Historia de las Instituciones Jurídicas Argentinas y Derecho Político de la Escuela de Formación de Dirigentes y funcionarios Públicos. Matriculado Honorario del C.P.A.C.F.

Es por ello que, esta forma de mirar los objetos o los hechos lleva a la construcción de cerebros irregulares. Este es el porqué, en nuestra juventud, después de haber leído y aprendido mucho, entramos en el mundo real con una imagen tonta y picara simultáneamente. Nuestro cerebro está lleno de nociones que nos desesperamos por aplicar, las que frecuentemente empleamos mal. Esta es la consecuencia de haber aprendido mediante un sistema antagónico a la naturaleza de nuestro intelecto, que viene de colocar las nociones antes que las percepciones. Los educadores dejan de lado las aptitudes de los niños, no las ponderan ni desarrollan, solo se limitan a llenar sus cerebros de nociones y hechos extraños. Más tarde, con los años se pretende corregir todos esos errores de aplicación de las nociones por una dilatada experiencia, pero rara vez se consigue. Es por esto que muy pocas personas cultas, tienen el buen sentido que tienen muchas personas faltas de ilustración.

De todo lo hasta aquí pensado, se deduce que la educación a emprender es la búsqueda de un conocimiento recto y firme del mundo, teniendo en cuenta que este es el objeto verdadero de toda educación. Para ello, es necesario, primero que toda percepción de la cosa esté antes que la noción, y como en la noción se pueden presentar escalas, se debe ir de la más simple a la más compleja y en el orden establecido por las nociones para cada cosa. En la cadena no puede faltar ningún eslabón, porque aparecerá una noción deficiente y ello dará lugar al absurdo y una opinión errónea del mundo, lo que muchos llevan en su cabeza por largo tiempo y otros para siempre. Quien tiene el hábito de examinarse a sí mismo habrá advertido que en la edad madura ha comprendido muchas cosas con claridad y sin esfuerzo. Es aquí, cuando toma conciencia que vivió con una venda en los ojos que le impedía ver, y que era el resultado de una educación artificial,

manipulada por educadores o una natural apoyada en la costumbre individual.

Entonces, con la mayor lógica posible se debe establecer la serie natural de los conocimientos para de inmediato iniciar a los niños con método en el conocimiento de las cosas y del mundo, impidiendo que entren en sus cerebros bagatelas, que en muchos casos nunca logran quitarse de encima. También es necesario enseñarles a los niños que no deben utilizar en su lenguaje palabras de las cuales no tengan una noción clara. Al respecto, Arthur Schopenhauer, aclara: "La mayoría de los niños propenden, por desgracia para todos, a satisfacerse con las palabras y aprenderlas de memoria, en vez de comprender las cosas. Esta tendencia subsiste de por vida, siendo causa de que el saber de muchas personas instruidas no sea más que simple verborrea". A lo largo de este escrito, continuamente insistirá en la idea de las percepciones antes que las nociones y no al revés, como suele ocurrir a menudo en los alumbramientos en el que los niños vienen al mundo mostrando primero las piernas. Cuando los niños están libres de percepciones, si se le incorporan nociones y juicios estos son perjudiciales, porque estos siempre deben derivarse de la percepción.

Las percepciones son cuantiosas y abundantes, e incomparables a la brevedad y rapidez de la abstracción. Por el contrario, las nociones preconcebidas en raras ocasiones ofrecen rectificación. Compruébese en una persona que tiene una idea de una cosa en pugna con la realidad que le está marcando esa cosa; la niega, rechaza la evidencia, prefiere no verla; no acepta que el prejuicio que tiene pueda sufrir una contradicción. Así, vemos a muchas personas que a causa de ello llevan una vida de equivocaciones, antojos y fantasías que con el tiempo se convierten en ideas fijas. Nunca intentan utilizar las nociones derivadas de las percepciones y experiencias porque sus ideas ya han quedado encasilladas, por lo que se convierten en

individuos necios y toscos. Para evitar este mal, lo conveniente es imponer desde la infancia el proceso natural de la educación; en el que, se inculcará el conocimiento en base a las nociones derivadas de las percepciones y experiencias confirmadas. De esta suerte, el niño recibirá una pequeña cantidad de nociones las que se destacarían por su profundidad y exactitud. Así, desde temprana edad aprendería a juzgar por su propia capacidad prescindiendo de otros. Rechazaría todo lo relacionado con extravagancias y prejuicios porque su espíritu se fue formando y acostumbrando a la claridad, al pensamiento profundo, al juicio personal e independiente.

Es muy importante para la formación futura de todos los niños que aprendan a conocer la vida en todos sus matices, primero en sus realidades y luego en sus pequeñas diferencias. Por lo que es un error apurarse a llenar su espacio mental de libros, ya que como se dijo es preferible iniciarlos en forma gradual en las cosas y condiciones que rodean a las personas. Siempre se debe enseñar a buscar conceptos claros de la realidad y a llegar al conocimiento de las cosas a través de preguntas. Debe ser rechazada toda ayuda y enseñanza que encamine hacia los libros, los relatos, los discursos de otros, para ser utilizados en la realidad. Puesto que, con la memoria llena de ilusiones solo harían concepciones falsas, y un esfuerzo inútil para incorporar una conclusión absurda a la realidad y caerían en un error de teoría y práctica. Es incalculable el perjuicio que se provoca cuando se infunden fantasías a temprana edad, ya que los daños aparecen después; lo que cuesta enorme esfuerzo posterior superar y del cual solo se ocupa el mundo y la vida real, únicos capaces de extirpar esas quimeras. Esto fue lo que quiso decir Antístenes, que nos llegó a través de Diógenes Laercio, ante la consulta de cuál era la práctica de la enseñanza más necesaria, contestó: -desprender las cosas malas. -

Los errores aprendidos durante la infancia son muy difíciles de extirpar; el juicio tarda varios años en madurar. Por ello, es necesario que los niños por lo menos hasta los dieciséis años eviten estudiar materias que contengan gran cantidad de errores y controversias. Por ejemplo, la filosofía, la religión y todas aquellas que tengan generalidades de todo orden. Por el contrario, buscar formarlos en aquellas materias que carezcan del absurdo. Por ejemplo, las matemáticas, las poco peligrosas como los idiomas, la historia, las ciencias naturales. Esto es buscar formarlos en las disciplinas del saber accesibles a cualquier edad y asimilables a su comprensión. Siempre la infancia y la juventud son los momentos propicios para tomar nota de los hechos y comprender especialmente la diferencia entre unos y otros; El juicio aún debe permanecer en suspenso y postergar las explicaciones para más adelante. Es muy importante que, evite de accionar y repose el juicio, ello hace presumir maduración y experiencia.

En la etapa juvenil, la memoria se encuentra al máximo de lucidez y energía, de ahí la importancia de recurrir prontamente a ella; esta dará una rápida respuesta la que debe ser precedida de reflexión antes de ser conocida. Lo que se aprendió bien en esta etapa no se debe olvidar para sacar de ello la mayor utilidad posible. Todos reconocemos la importancia de las personas conocidas, de sucesos en que hemos participado, y de las cosas que hemos aprendido durante los primeros 12 años de vida. Los acontecimientos vividos son imborrables, al igual que nuestras reacciones, aprendizajes y entendimientos. Por ello la lógica indica que nada más plausible que, la educación esté sustentada en la receptividad y necesidad del espíritu juvenil. De esta forma, todo el sistema conducirá las impresiones captadas a formar parte del conocimiento.

Pero, hay que tener presente que la juventud dura pocos años y que la capacidad de la memoria tiene límites, por ello habrá que incorporarle solo

aquellas cosas que serán útiles e importantes para el futuro dejando a un costado el resto. Esta selección de temas solo la pueden hacer, a conciencia, los maestros de cada materia, y luego de un serio acuerdo para que todos los educandos aprendan los mismos temas; buscando lo que es necesario al hombre en general y a los oficios en particular. Para los primeros los cursos se iniciarán con la enseñanza primaria indispensable y serán adaptados al tipo de cultura que cada individuo puede obtener y se amplía hasta temas tratados en filosofía. En el caso de los segundos, los conocimientos serán elegidos por reconocidos maestros según un determinado criterio. Estos cánones académicos deberán ser revisados cada diez años. Esta clasificación aprovechará con mayor utilidad la memoria y espíritu juvenil, y se convertirá en un excelente fundamento para el desarrollo futuro de los individuos.

La plenitud del conocimiento es una perfección que se puede dar en cada individuo si logra una correspondencia precisa entre las nociones de abstracción y percepción. Ello es porqué, las nociones ya sea directa o indirectamente son aptas para discernir cualquier percepción que aparezca bajo su exacta noción. Esta plenitud de conocimiento es exclusiva obra de la experiencia y del tiempo. Puesto que, adquirimos el conocimiento separadamente. Así, nuestros conocimientos perceptibles por la vía natural y los abstractos por las buenas o malas enseñanzas o las que terceros nos comunican, falta por nuestra juventud, el acuerdo y unión entre las nociones que han sido fijadas por palabras y el conocimiento real que se deriva de la percepción. Solo cuando percepción y abstracción se acercan y se corrigen, el conocimiento logra su plenitud que no depende de ninguna perfección. Por lo que su fundamento será el grado de intensidad de las dos.

Lo más útil para el hombre practico es la adquisición de un conocimiento exacto y profundo del mundo y sus acontecimientos. Este estudio se puede llevar hasta avanzada edad y jamás concluye. Pero sí

desde la juventud se pueden conocer sus datos más importantes. Es el momento para que el niño y el adolescente, en su calidad de aprendices deben estudiar estas duras lecciones, puesto que hasta el hombre maduro tiene mucho que aprender.

Agravan enormemente esta difícil situación, las novelas que poco representan y acontecimientos humanos que pelean con la realidad. Los jóvenes aceptan estas circunstancias con su acostumbrada credulidad, puesto que son ideas que integran gran parte de sus sentimientos. Así, encuentran ignorancia negativa, absurdas suposiciones, errores que desconciertan a la mismísima experiencia. Si antes el joven caminaba entre penumbras ahora con estas distracciones está extraviado. Lo que más sufren los jóvenes son la influencia de las novelas. Estas con sus creaciones fantásticas y escenas espectaculares de la vida, despertándoles sueños que nunca van a vivir, esperanzas que jamás se han de realizar, son influencias negativas en toda su vida. Al contrario, los jóvenes que no tuvieron tiempo ni oportunidad de leer novelas porque tuvieron duros trabajos que atender tienen una gran ventaja. Muy pocas novelas sirven como excepción, es mencionable “Gil Blas” y otras novelas de Le Sage, “El vicario de Wakefield” de Oliver Goldsmith, y algunas de Walter Scott. Don Quijote es el ejemplo palmario y definitivo de lo que hemos dicho.

Arte de tapa Gustavo Zambelli @zamax4 - Juana Illia juaillia@gmail.com

¿Queréis comunicarte con nosotros? Escribí a revistafilocam@gmail.com

Los volúmenes anteriores de Filocam se pueden descargar desde https://camoron.org.ar/filocam/

Las opiniones e ideas vertidas en este documento son exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente la opinión del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM ni de FILOCAM.

Todas las fotografías son propiedad de sus respectivos dueños, y son utilizadas con fines no comerciales. En su mayoría las imágenes utilizadas en este número han sido extraídas de Internet a los efectos meramente ilustrativos de los trabajos aquí realizados como así otras que componen el entorno de la publicación. No se pretende violar ningún derecho de autor si alguna de ellas tiene derechos reservados como algún texto favor comunicarse y se procederá a quitarla.

FILOCAM MARCA REGISTRADA Acta 3930628 Clase 09