

UNIVERSIDAD DE CONGRESO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

SEDE SAN JUAN

**RESULTADOS DE PROYECTOS
DE INVESTIGACIÓN**

2023



EdiUC
Ediciones Universidad de Congreso

Universidad de Congreso

Resultados de Proyectos de Investigación : Sede San Juan / 1a ed. -
Mendoza : Ediciones Universidad de Congreso - EdiUC, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-82840-4-0

1. Derecho. I. Título.

CDD 340.072

Director editorial: Dr. Gustavo Made

Colaboradores: Equipo de Secretaría de Comunicación
y Relaciones Institucionales

Primera edición: 2023

© Ediciones Universidad de Congreso, 2023

Colón 90. Ciudad de Mendoza. CP 5500

Tel. 0054 261 4230630

ediuc@ucongreso.edu.ar

www.ucongreso.edu.ar

Hecho el depósito que prevé la Ley 11.723

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta,
puede ser reproducida, almacenada o transmitida por ningún medio,
ya sea digital, eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de
fotocopia sin permiso del editor.



AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE CONGRESO

Rector

Mg. Ing. Rubén Darío Bresso

Vicerrector Académico

Mg. Cdor. Emilio Berruti

Vicerrectora de Administración y Finanzas

Cdra. Irene Casati

Vicerrectora de Planeamiento

Arq. Karen Noval

Secretaria General

Lic. Norma García

Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración

Decano Cdor. Emilio Berruti

Facultad de Ambiente, Arquitectura y Urbanismo

Arq. Karen Noval

Facultad de Estudios Internacionales

Decano Mg. Lic. Ernesto Lucio Sbriglio

Facultad de Ciencias Jurídicas

Decano Dr. Alberto Rez Masud

Facultad de Ciencias de la Salud

Decano Dr. Roberto Furnari

Facultad de Humanidades

Decano Dr. Gustavo Made

PRESENTACIÓN

Conforme la vigencia de la Ley de Educación Superior, el Estatuto Académico Universitario, el Proyecto de Desarrollo Institucional 2017-2023 y el Reglamento General Interno de la Universidad de Congreso, nos complace presentar los proyectos de investigación, y sus conclusiones, desarrollados en la Sede San Juan de la Facultad de Ciencias Jurídicas de esta Alta Casa de Estudios.

Nuestra institución tiene como misión propia ofrecer distintas instancias de formación académico-profesional y, en dicho espíritu, se impulsa la constante participación de docentes y estudiantes en su desarrollo.

Entendemos que la elaboración y progreso en la articulación ciencia-academia es el inicio del fortalecimiento de políticas público-privadas que garantizan el buen desenvolvimiento de los profesionales de la educación con el medio social.

Consideramos estratégica la participación protagónica de estudiantes en estos diseños, tanto en su ejecución como en el aporte crucial que significa en la formación de los futuros profesionales, con el firme propósito de fomentar valores éticos y ciudadanos, poniendo en juego habilidades sociales y articulando saberes académicos con prácticas sociales educativas solidarias.

La educación científica se ha convertido en la piedra angular de la educación del siglo **XXI**, y se visualiza como el motor para la formación de ciudadanos comprometidos, que les permitan participar responsable y críticamente en las decisiones que orientan la ciencia y la tecnología hacia un desarrollo sostenible .

La asimilación de conocimientos y habilidades por parte de un individuo o colectivo responde a un fenómeno complejo de intercambio de información, en el que los sujetos implicados procesan y asimilan el mensaje a través de filtros valorativos, sociológicos, culturales y prácticos. A este respecto, también se ha demostrado que la adquisición

de conocimientos científicos y el interés social por la propia ciencia son fenómenos que tienen mucho que ver con las necesidades particulares de los ciudadanos y con la forma en la que, en la satisfacción de esas necesidades, la ciudadanía usa y se relaciona con la ciencia y la tecnología.

En esta línea expositiva, nos complace acompañar, en la presente publicación, los proyectos de investigación desarrollados, con sus conclusiones, y que se titulan: “Violencia de Género y Reincidencia en la Provincia de San Juan”, “Síndrome de alienación parental y derecho a ser escuchado”, “Derecho de autor referido a la música en el entorno digital: protección nacional e internacional”, “La figura de amenazas como factor de criminalidad y de perturbación de la convivencia social en la provincia de San Juan: ¿delito o contravención?” e “Incumbencias y Derechos de personas con Discapacidad”.

El proyecto de investigación “Violencia de Género y Reincidencia en la Provincia de San Juan” nos alerta de situaciones de extrema violencia ocurridas en instituciones de encierro e invita a repensar políticas públicas en materia de violencia de género.

“Síndrome de alienación parental y derecho a ser escuchado” se indaga sobre los orígenes científicos de este síndrome y sobre la legalidad de su aplicación.

En el Proyecto “Derecho de autor referido a la música en el entorno digital: protección nacional e internacional” el equipo de investigación a cargo, el marco de la nueva era digital, intenta responder si en la actualidad en Argentina son protegidos y respetados los Derechos de Autor en la Música desde la llegada de internet y en el entorno digital y si es suficiente la protección actual de las leyes nacionales de nuestro país

En el proyecto “La figura de amenazas como factor de criminalidad y de perturbación de la convivencia social en la provincia de San Juan ¿delito o contravención?” se busca establecer el ámbito de aplicación de los delitos y las faltas respecto a las amenazas, ya que no queda claramente establecido mediante parámetros objetivos, cuantitativos y

cualitativos, que permitan la aplicación clara y certera de una u otra figura, teniendo en cuenta, además, que son de ámbitos de competencia distinta y que las sanciones a aplicar son muy diferentes en cada caso.

En el Proyecto “Incumbencias y Derechos de personas con Discapacidad” se inició gracias a la necesidad de generar, difundir, actualizar y sistematizar la información tanto pública como privada en materia de discapacidad, y efectuar un seguimiento del conocimiento, interpretación, aplicación y cumplimiento en los distintos ámbitos, de las cláusulas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por la Ley 26.378 y así poder vislumbrar el panorama completo y real de los contextos donde deben vincularse quienes transitan una contingencia transitoria o permanente

Con el propósito de afianzar el compromiso educativo en la promoción del desarrollo científico es que deseamos sea de su interés el presente libro.

Abog. Esp. Federico D. D'Angelo
Coordinador Académico
Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad de Congreso

ÍNDICE

DERECHO DE AUTOR REFERIDO A LA MÚSICA EN EL ENTORNO DIGITAL: PROTECCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL	8
SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL Y DERECHO A SER ESCUCHADO	41
VIOLENCIA DE GÉNERO Y REINCIDENCIA EN LA PROVINCIA DE SAN JUAN	68
LA FIGURA DE AMENAZAS COMO FACTOR DE CRIMINALIDAD Y DE PERTURBACIÓN DE LA CONVIVENCIA SOCIAL EN LA PROVINCIA DE SAN JUAN: ¿DELITO O CONTRAVENCIÓN?	95
INCUMBENCIAS Y DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD	149

**DERECHO DE AUTOR REFERIDO A LA MÚSICA EN EL ENTORNO
DIGITAL: PROTECCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL**

Directora: Ab. Olga María Verónica Navarro

San Juan

Año 2023

Índice

Resumen	10
Hipótesis	10
Hipótesis desagregadas	10
Metodología y técnicas aplicables	11
Marco conceptual	12
I. El derecho de autor en el entorno digital	12
III. El derecho exclusivo del autor a la explotación de sus obras en cualquier forma (derecho de propiedad)	18
IV. Titulares de la propiedad intelectual	21
V. Reedición de la obra por inactividad	22
VI. De la colaboración	22
Conclusión	39
Bibliografía	40

Resumen

Bien decía el gran autor francés Yves Gaubiac, Consejero Especial de la ONU: “Las obras musicales, literarias y artísticas cayeron en el universo digital sin una verdadera preparación a los titulares de los derechos. [...] Su entrada en dicho universo fue estrepitosa y brutal. El fenómeno de la clonación, tan conocido en el nuevo universo, no lo era en el análogo donde, para realizar copias de calidad, la reproducción dependía de un master, y se sabía que la copia privada era limitada pues siempre era necesario tener a disposición un soporte original, dado que la copia de una copia se convirtió rápidamente de poco interés, puesto que iba perdiendo aceleradamente la calidad de origen”¹.

En ese trayecto, resulta imperioso indagar todo lo relativo al mundo de la música en los medios digitales, y ahondar en el conocimiento de los artistas músicos respecto de sus derechos, la forma de registrarlos, protegerlos, para percibir las regalías que les correspondan.

Hipótesis

¿En la actualidad en Argentina son protegidos y respetados los Derechos de Autor en la Música desde la llegada de internet y en el entorno digital? ¿Es suficiente la protección actual de las leyes nacionales de nuestro país?

Hipótesis desagregadas

- La ley de Propiedad Intelectual es apta para proteger a los autores en el entorno digital.
- Qué se entiende por entorno digital y especialmente qué son las Plataformas Virtuales y las Tiendas digitales.

1. Derecho de Autor. Cuestiones Actuales. *Revista Jurídica de Buenos Aires* (2014). Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Ed. Abeledo Perrot. Pág. 19-44

- Cuál es el procedimiento de Registración de la obra musical en Argentina en el dominio digital.
- Qué función cumple la Organización Internacional de Propiedad Intelectual (OMPI) o WIPO en sus siglas en idioma inglés.

Metodología y técnicas aplicables

Esta investigación en su primera parte, se ajusta a la investigación documental y método dogmático, que es la base de la investigación jurídica (libros, documentos, textos, artículos de revistas especializadas, bibliografía).

La segunda parte se centrará en las técnicas de recolección de datos en entornos virtuales y en la investigación cualitativa para los alumnos participantes.

Para el manejo de la información que se obtendrá, se utilizarán la técnica cualitativa y cuantitativa, de la siguiente manera:

a. En cuanto a la técnica cualitativa para:

- Incurción y uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC).
- Bases de datos on-line.
- Enlaces de internet.
- Bibliotecas digitales, textos digitalizados, sistemas multimedia, entrevistas, videos.
- Portales, revistas digitales, páginas web, redes sociales, streaming.
- Técnicas de conversación y narración.

b. La técnica cuantitativa será utilizada para el recuento completo de los casos observados y objetos de estudio.

Marco conceptual

I. El derecho de autor en el entorno digital

El derecho de autor es un término jurídico establecido que describe y determina los derechos que tienen los creadores o autores sobre sus obras literarias o artísticas, productos y servicios tanto culturales, tecnológicos como comerciales².

De esta manera, el autor de una obra o producto será reconocido como el único creador y titular de un bien o servicio sobre el cual puede obtener diversos beneficios intelectuales, económicos y materiales derivados de su producción y distribución.

El derecho de autor busca proteger la creatividad e innovación del autor de una obra literaria, traducción, edición, composición musical, pintura, dibujo, mapa, escultura, película, fotografía, coreografías, nombre de una marca, símbolo, programa informático, equipo electrónico, anuncios publicitarios, obras arquitectónicas, entre otros.

Se debe aclarar que el derecho de autor protege las formas de expresión de las ideas, pero, no las ideas en sí mismas. Es decir, las ideas sin plasmar o sin ser llevadas a cabo como tal para producir un bien o producto, no son protegidas por el derecho de autor³.

El derecho de autor solo protege las creaciones de tipo original o innovadoras, procura la protección en contra de terceros que busquen beneficiarse a través de la copia, plagio o difusión original de una obra de manera ilegal, violentando los derechos morales y patrimoniales del creador.

El derecho de autor se obtiene de manera automática, sin necesidad de hacer un registro de la obra.⁴

2. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC) adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/2008. Suscripto por Argentina el 24/09/2010.

3. Ídem.

4. Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas (1886).

Sin embargo, en muchos países se han creado sistemas de registro para resguardar y aclarar los derechos de titularidad que tienen el autor o creador sobre su obra.

II. Ley 11.723. Régimen Nacional de Propiedad Intelectual⁵

Artículo 1. A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otro materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales, las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura escultura, arquitectura, modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí⁶.

a. El objeto del derecho de autor: la obra

El derecho de autor se conforma de una diada entre quien reúne la calidad de autor y su creación: la obra. El objeto de protección del derecho de autor es la protección de la obra. Para el derecho de autor obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento

5. Lipszic, D (2019). *Régimen Legal de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

6. *Concordancias*: Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1952 (decir- ley 12.088/57, en adelante Convención Universal), art. I; Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta Paris de 1971, ley 25.140, en adelante Convenio de Berna), art. 2; Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas (Ginebra, 1971, ley 19.963, en adelante Convenio Fonogramas), art. 1.a; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio-AADPIC-de la Organización Mundial del Comercio-OMC- (Marrakech, 1994, ley 24.425, en adelante AADPIC), arts. 1 y 9; Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (Ginebra, 1996, ley 25.140, en adelante TODAWCT), arts. 1.4, 2, 4y5; ley 11.723, arts. 4, 10, 18, 25 a 28, 32 y 33y 55.

que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente y es apta para ser reproducida, comunicada al público y difundida en cualquier forma y por cualquier medio.

b. Obras mencionadas en el art. 1. Carácter enunciativo

La lectura del art. 1º permite acceder a una idea bastante acabada, aunque completa de qué comprende una obra científica, literaria, artística o didáctica. Para enfatizar que la enumeración tiene carácter abierto, en la última parte del párr. 1 de dicho artículo la ley recurre a la expresión “...en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción”. En virtud del carácter no taxativo de la enumeración del art. 1º de la ley en comentario la mera inclusión en dicho listado de ejemplos no significa que tengan el estatus de obras, pues merecen protección como tales cuando son un fruto original, personal del intelecto y tienen la aptitud de ser reproducidas.

Si bien la ley menciona diferentes géneros de obras: científicas, literarias, artísticas y didácticas, el derecho de autor protege toda clase de obras intelectuales. Al derecho de autor solo le compete delimitar cuándo las obras gozan de tutela legal, ya los efectos de la misma, pero no es determinante saber si una obra pertenece a una u otra de las categorías mencionadas.

c. La fijación de la obra no es necesaria para su protección, pero debe ser apta para ser reproducida

Es importante destacar que la ley no exige para su protección que la obra se encuentre fijada sobre un soporte material, y por ello gozan de amparo las obras que se comunican al público en forma oral, las improvisaciones y las clases que se imparten en el marco de actividades docentes.

Para la ley es un requisito de la tutela legal el que las obras sean aptas para ser reproducidas, como resulta de la primera parte del art.

1 al concluir “en fin, toda producción científica, literaria, artística, o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción”.

d. La originalidad (o individualidad) es condición necesaria para la protección⁷

La originalidad requerida por el derecho de autor para que la obra se encuentre protegida puede ser mínima. Pero no hay obra protegida si ese mínimo no existe. Muchas veces, además del requisito de la originalidad (de apreciación subjetiva), la jurisprudencia también alude a la novedad. Sin embargo, no se requiere que la obra sea novedosa, a diferencia de lo que ocurre en el instituto de las invenciones. En este último campo, la novedad (de apreciación objetiva) es un requisito para acceder a la protección que otorga el derecho de patentes. Las obras también pueden ser novedosas, pero el derecho de autor no exige la novedad como una condición necesaria de la protección. Es suficiente con que la obra tenga originalidad o individualidad, término que algunos autores prefieren utilizaren lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo de individual y propio de su autor, la impronta de su personalidad.

e. La exteriorización de la obra mediante la expresión de las ideas como requisito para la protección

El párr. 2° del art. 1 establece: “La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”.

7. Lipszic, D (2019). Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

En el párrafo transcrito se expresa un criterio general de protección de las obras: estas deben trascender el intelecto del creador, pues no se protegen las ideas –cuyo uso es libre- sino las creaciones formales. No se puede adquirir protección o propiedad alguna sobre las ideas aun cuando fueran originales.

Al adaptar una forma sensible esta manifestación es la obra protegida pero no la idea contenida en la misma.

Autores como Delia Lipszyc, están contestes en remarcar que el derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etcétera, según el género al cual pertenezcan, y a regular su utilización, mas no la idea originaria, que no son obras, sin que sobre ella se pueda adquirir derecho intelectual alguno (Lipszic, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, 1993)⁸. Así también Satanowsky, quien asevera que las ideas son libres y el que emite una del tema o desarrollo de una obra intelectual, no puede ser jamás considerado como autor, ni siquiera coautor de ella. El objeto del derecho exclusivo de autor es solo la “obra”.

La obra del intelecto es la creación que necesariamente debe arrojarse para hacerla cognoscible.

Pero uno de los problemas más difíciles surge cuando se debe determinar qué se entiende por “idea”, ya que, si bien se acepta en general que las ideas en sí mismas, esto es. las ideas puramente abstractas, no son protegibles, el problema reside en determinar a partir de qué momento una idea adquiere forma o se concretiza suficientemente como para ser considerada una obra original que debe ser protegida.

8. Lipszic, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: UNESCO.

f. La protección de las ideas por los contratos

Las ideas también se pueden proteger por los contratos. Pero estos son muy difíciles de lograr, especialmente para su autor (persona física), en primer lugar, porque generalmente se encuentra con un dilema de hierro: si comunica su idea corre el riesgo de que sea apropiada, porque la única forma eficaz de protegerla es por el secreto. Y si no la comunica, es difícil que el empresario o la productora quieran contratar algo que no conocen. De todos modos, para que las ideas puedan ser objeto de un contrato deben ser susceptibles de utilización o de explotación. Las áreas más propicias para la explotación de las ideas son las referentes a la organización, al mercadeo (marketing), publicidad, la fabricación de bienes y los medios de comunicación, en especial, los programas de radio y televisión, y particularmente estos últimos.

En el contrato se trata de sustituir la carencia de un derecho exclusivo sobre la idea con la imposición de obligaciones contractuales que creen, en la medida de lo posible una situación similar a aquella que existiría si la idea estuviese protegida por un derecho exclusivo. Para esto se prefieren las cláusulas de confidencialidad y la prohibición de competir. La confidencialidad es muy importante, porque el valor económico de una idea se vincula al hecho de que esta se mantenga en secreto. Es por ello que esa obligación debe extenderse a los momentos anteriores (como son aquellos en que se desarrollan en las negociaciones preliminares) y a los posteriores a la vigencia del contrato.

Pero esas cláusulas de confidencialidad y de prohibición de competir no se pueden oponer a aquellas personas que no fueron parte en el contrato, con la excepción de que la actuación de este importe competencia desleal.

La exclusión de la tutela de las ideas y de otros elementos tomados en si no tiene origen tanto en el derecho de autor, sino mucho más en principios de política cultural, de libertad de expresión y de creación, y de progreso cultural. Tampoco se debe a la falta de mérito de las ideas, ya que pueden tener un valor intelectual o comercial muy grande, sino a que solo se otorgan derechos exclusivos sobre los pro

ductos del intelecto cuando esa exclusividad no importe una traba que se desarrolle una multiplicidad de creaciones. Lo mismo sucede con determinada métrica de poesía o con cierto principio de la ciencia o del arte.

El derecho de autor cubre la utilización de las obras por medio de su reproducción y comunicación pública. La protección de la aplicación práctica o el aprovechamiento industrial de las concepciones intelectuales corresponde a las leyes sobre propiedad industrial-de patentes de invención y modelos de utilidad y de modelos y diseños industriales; en cambio, la reproducción y la comunicación pública de la descripción e ilustración de aquellas son materia del derecho de autor.

g. El título

A pesar de la importancia que tiene el título, toda vez que se trata de una parte sustancial de la obra a la cual designa e individualiza, la ley 11.723 no contiene una disposición especial al respecto.

III. El derecho exclusivo del autor a la explotación de sus obras en cualquier forma (derecho de propiedad)

Art. 2. El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.

El eje de la protección de las facultades o derechos que integran el derecho de propiedad del autor, garantizado en el art.17 de la CN⁹ se encuentra en el art. 2 de la ley 11.723. Esta norma ejemplifica de

9. Constitución Nacional. Art 17: La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley... Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...

manera clara y muy amplia cuáles son los derechos patrimoniales del autor sobre su obra, y en virtud de los cuales tiene la potestad exclusiva de explotación de su obra, que puede hacer efectiva por sí mismo o, como es habitual, a través de otros, mediante su autorización, y de obtener un beneficio económico por su utilización.

La enumeración de los derechos patrimoniales es abierta, como surge de los términos utilizados en la norma: disponer de la obra, publicarla, reproducirla en cualquier forma.

Mediante la frase “y de reproducirla en cualquier forma”, la ley 11.723 reconoce, por una parte, el derecho de reproducción exclusivo del autor y, por otra, descarta cualquier duda sobre cuáles son los modos de reproducción de que dispone el autor porque están comprendidos todos en cuanto sean posibles en cualquier tipo de soporte: analógico o digital. En este sentido la justicia ha subrayado que el derecho de reproducción es la realización de una copia –total o parcial– de la obra artística, sin importar qué procedimiento o medio o soporte material se utiliza.

El derecho de reproducción cubre no solo la confección de los ejemplares de las obras, sino también el derecho de distribución, es decir, la determinación (en el contrato de reproducción que el autor suscribe con el editor, productor, etc.) del “destino” de ellos.

Tampoco ha sido necesario establecer expresamente que el almacenamiento en el entorno digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye per se un acto de reproducción, como se aclara en la Declaración concertada respecto del art. 140 el TODAWCT: “El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna”.

a. El derecho de comunicación pública de la obra (ejecutarla, representarla y exponerla en público)

Con la denominación “comunicación pública” actualmente se hace referencia a todos los tipos de explotación que permiten a un público el acceso a una obra en forma material, es decir sin necesidad de que cada miembro de ese público disponga por sí mismo de un ejemplar tangible de la obra. En la época en que fue sancionada la ley 11.723(1933), la mayor parte de las legislaciones sobre la materia denominaba derecho de representación, no obstante considerarse impropio utilizar esta expresión para cubrir toda una gama de prestaciones diferentes por su naturaleza a la de un espectáculo dramático

Por consiguiente, el derecho de comunicación pública cubre tanto la representación y la exposición pública directas (“en vivo”) como las indirectas.

Se advierte que las modalidades de comunicación al público que se acaban de mencionar son susceptibles de aplicación todas las obras, cualquiera que sea su género, incluidas las obras de las artes plásticas.

En síntesis, las mencionadas disposiciones interpretadas en sí mismas y, por su puesto, en el sentido de los tratados internacionales de los que este país es parte fundamentalmente el Convenio de Berna y el TODAWCT reconocen al autor un derecho exclusivo de autorizar cualquier forma de comunicación pública de su obra, tanto directa (representación, ejecución y exposición pública “en vivo”) como indirecta.

b. El carácter público de la comunicación

En esta última disposición establece en su párr. 2° que “se considerará ejecución pública de una obra musical la que se efectúe por ejecutantes cantantes, así como también la que se realice por medios mecánicos: discos, films sonoros, transmisiones radiotelefónicas su retransmisión o difusión por altavoces”.

IV. Titulares de la propiedad intelectual

Art. 4. Son titulares del derecho de propiedad intelectual:

a) El autor de la obra.

b) Sus herederos o derechohabientes.

c) Los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante.

d) Las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario.

Art. 5: La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor.

En los casos de obras en colaboración, este término comenzará a contarse desde el 1 de enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador. Para las obras póstumas, el término de setenta años empezará a correr a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor.

En caso que el autor falleciera sin dejar herederos y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquel correspondiesen sobre sus obras pasaran al Estado por todo termino de ley, sin perjuicio de los derechos de terceros.

a. Duración limitada del derecho patrimonial

El plazo general de duración de los derechos patrimoniales es la vida del autor más setenta años, se calcula a partir del 1 de enero del año siguiente al del fallecimiento del autor o del coautor que sobreviva a los demás.

Los herederos y los derechohabientes de derechos de explotación son titulares de los derechos patrimoniales que el causante les hubiera transmitido durante el plazo establecido en la ley o en el contrato.

V. Reedición de la obra por inactividad

Art. 6. Los herederos o derechohabientes no podrán oponerse a que terceros reediten las obras del causante cuando dejen transcurrir más de diez años sin disponer su publicación.

Tampoco podrán oponerse los herederos o derechohabientes a que terceros traduzcan las obras del causante después de diez años de su fallecimiento.

VI. De la colaboración

Art. 16. Salvo convenios especiales los colaboradores de una obra disfrutan derechos iguales; los colaboradores anónimos de una compilación colectiva, no conservan derecho de propiedad sobre su contribución de encargo y tendrán por representante legal al editor.

Art. 17. No se considera colaboración la mera pluralidad de autores, sino en el caso en que la propiedad no pueda dividirse sin alterar la naturaleza de la obra. En las composiciones musicales con palabras, la música y la letra se consideran como dos obras distintas.

VII. Del registro de obras

Art. 57. En el Registro Nacional de Propiedad Intelectual deberá depositar el editor de las obras comprendidas en el artículo 1º, tres ejemplares completos de toda obra publicada, dentro de los tres meses siguientes a su aparición. Si la edición fuera de lujo o no excediera de cien ejemplares, bastará con depositar un ejemplar.

El mismo término y condiciones regirán para las obras impresas en país extranjero, que tuvieren editor en la República y se contará desde el primer día de ponerse en venta en territorio argentino.

VIII. El entorno digital y la propiedad intelectual. Incidencias y encuadre

a. Entorno digital. Definición

En el vasto universo de la red (internet) podemos encontrar cientos de definiciones que nos hablan del entorno digital, algunas de ellas serán más científicas, otras más pragmáticas y alguna otra enunciativa del objeto.

A continuación, algunas de ellas:

“Se refiere a las aplicaciones, herramientas o portales de Internet que permiten la interacción del usuario con plataformas digitales, marcas, organizaciones, negocios o entes educativos”¹⁰.

“Se refiere a espacios virtuales que garantizan la comunicación directa con los internautas. En otras palabras, son medios digitales que favorecen la comunicación inmediata sin necesidad de la presencia física que caracteriza a los modelos tradicionales de información o negocio”¹¹.

“Conjunto de aplicaciones, portales y herramientas de Internet que ponen en contacto a los usuarios con plataformas digitales, negocios, marcas, organizaciones y/o organismos de carácter educativo. Se trata de un espacio virtual enfocado en la interacción y en la comunicación inmediata que deja atrás la fisicidad que caracteriza a las transacciones y los modelos tradicionales de negocio. Zoom, Facebook, WhatsApp o Amazon son plataformas que se ajustan a la definición de entornos digitales¹²”.

Podemos evidenciar que uno de los rasgos distintivos del entorno digital es la interacción del usuario con las plataformas digitales; para

10. <https://www.obicex.es/blog/aprende-con-obicex/que-son-los-entornos-digitales#:~:text=Podemos%20definir%20el%20entorno%20digital%20como%20el%20conjunto,negocios%2C%20marcas%2C%20organizaciones%20y%2Fo%20organismos%20de%20car%C3%A1cter%20educativo.>

11. <https://www.cinconoticias.com/entornos-digitales/>

12. <https://www.cinconoticias.com/entornos-digitales/>

ello debemos conocer que es un usuario de internet o consumidor de plataformas digitales, es importante hacer la correcta distinción ya que uno y otro tienen distinto significado y generan efectos diferentes.

Cuando nos referimos a un usuario estamos ante una persona que utiliza un producto o servicio de forma habitual. En el ciberespacio, se entiende por usuario a un conjunto de permisos y de recursos asignados a un operador como parte de una red informática, y que bien puede ser una persona, un programa informático o un servidor.

Este concepto de usuario difiere del tradicional contemplado en los diccionarios, ya que para estos últimos un usuario es “alguien que usa algo”, mientras que los usuarios del mundo cibernético juegan un rol muy activo en la producción de contenidos y otras actividades que requieren un alto nivel de interacción.

En muchos casos se habla de usuarios para referirse a cuentas de usuario, es decir, a las configuraciones personalizadas y/o individuales que tienen acceso a las funciones de un sistema informático. Debe notarse, sin embargo, que un mismo usuario humano puede manejar diversas cuentas de usuario, o ninguna (en caso de no estar registrado en el sistema).

Ya hablamos de los usuarios de internet y quizás podríamos definirlos como receptores de la información dentro de la web, ahora nos avocaremos al sujeto que si se nos permite tendría un rol más dinámico dentro del marco de la web, es decir, el consumidor digital.

Un consumidor es un individuo que solicita y consume determinados bienes o servicios a cambio de una retribución correspondiente al valor de dicho producto. El consumidor puede ser una persona física o jurídica.

El consumidor es un actor económico que tiene una participación especial en los mercados, puesto que es el encargado de él bien o servicio proporcionado por el vendedor.

Para definir exactamente quienes son los consumidores de la red debemos especificar que es un consumidor online. Consumidor online es aquel cuyas operaciones de demanda de bienes o servicios son llevadas a cabo por medio de una plataforma digital y con la ayuda de internet.

b. Plataformas digitales

Una plataforma digital es un entorno en el que los usuarios podemos llevar a cabo tareas, gestionar actividades, colaborar con otros usuarios e interactuar por medio de las herramientas y funcionalidades que ofrece dicha plataforma¹³.

La mayoría de las plataformas ofrecen acceso gratuito a sus principales funciones, ya que requieren de la participación activa de los usuarios para desarrollar su potencial colaborativo, pues los usuarios son quienes aportan los contenidos y la interacción. Si bien se entienden que son gratuitas, sus aportes no se forman por erogaciones dinerarias sino por el aporte de datos concedidos por los usuarios/consumidores de las apps.

Conoceremos los 20 tipos principales de plataformas que se usan en la actualidad, desde plataformas de entretenimiento, de comunicación y de trabajo hasta de marketing y educativas.

c. Principales plataformas de música en streaming

• *Spotify*

Esta es sin duda la plataforma streaming de música con mayores suscriptores a nivel mundial. Esta compañía fue precursora en ofrecer en una sola aplicación millones de canciones en streaming, sin la necesidad de descargarlas. Actualmente, ofrece dos versiones: su versión gratuita, con anuncios, y su versión de pago.

Recientemente, Spotify ha incluido en su opción paga la de descargar listas de reproducción para poder escuchar música sin depender de conexión a Internet.

Cuenta con más de 100 millones de usuarios activos, de los cuales 30 millones lo son por suscripción. Spotify posee la plataforma de streaming más utilizada a nivel mundial.

13. <https://quees.com.mx/que-es-una-plataforma-digital/>

- *Amazon Music*

La flamante creación de esta plataforma no le resta calidad. De hecho, Amazon Music se perfila para ser un fuerte competidor directo de Spotify. Ostenta todo lo que ya ofrecen otras plataformas, como recomendaciones, playlists personalizables o modo de reproducción offline.

Además, cuenta con una base de datos mayor que el resto; si Spotify tiene 30 millones de canciones, Amazon goza de 50 millones.

Desafortunadamente no existe una versión gratuita, pero nos da la posibilidad de disfrutar de 2 meses de prueba gratuitos.

- *SoundCloud*

Es quizás una de las plataformas más novedosa de los últimos tiempos, si bien se podría interpretar como un híbrido entre red social y streaming musical. SoundCloud es quizás la plataforma más social de todas. Las actividades que se pueden realizar son variadas desde crear un perfil para subir tu propia música, como si de memes de Instagram se tratara. Además, también puedes ver los seguidores y seguidos del resto de usuarios (similar manejo a Instagram).

En síntesis, es muy buena opción para músicos emergentes que quieran dar a conocer sus canciones, así como personas que quieran estar a la vanguardia con la última actualidad musical.

- *Apple Music*

Inicialmente esta plataforma de música nació para dispositivos Apple, como iPhone, iPad o Mac. Luego, la compañía ha entendió que no debía subestimar el poder de su principal competidor: Google. Por tanto, hace aproximadamente 2 años esta aplicación está disponible también para Android.

- *Deezer*

Esta plataforma es quizás la más internacional de todas; tiene la fortuna de estar presente en 182 países de los 192 que hay en el mundo. Posee la singularidad de superar la base de datos de Spotify: 40 millones de canciones.

Al igual que Spotify y Apple Music cuenta con una versión free o gratuita y otra Premium o abonable.

- *Tidal*

Se diferencia de sus principales competidoras porque Tidal aposto por la diferenciación. Mientras la mayor parte plataformas tienen una oferta muy similar, esta última quiso salirse de los esquemas y dejar su impronta. Esta radica en la excelencia sonora es lo que la distingue. Tidal apuesta a premiar la calidad por encima de la cantidad, tanto en las canciones como en los videos. Esta diferencia hace de Tidal la plataforma más selecta del mercado.

- *YouTube*

Tiene la cifra para nada despreciable de mil millones de usuarios, YouTube es la plataforma más utilizada en la que se puede ver y compartir videos, aunque cada vez más son los usuarios que la utilizan para simplemente escuchar música. Actualmente se adecuo a los requerimientos del mercado y puso en funcionamiento su versión YouTube Music, la cual posee las mismas funciones que Spotify y Apple Music. Sin perjuicio de ello la versión audiovisual de YouTube contiene todo tipo de contenidos como películas, trailers, programas de TV, videos musicales, amateurs, corporativos, tutoriales, art tracks y un largo etcétera.

Como podemos observar, cada vez son más las plataformas streaming. La industria musical ha encontrado una veta o, mejor dicho, una solución alternativa al descenso de la venta física que, de hecho, está resultando más rentable.

d. Música en streaming

La retransmisión o reproducción en tiempo real, mayormente conocida bajo el término anglosajón streaming consiste en la difusión masiva o focalizada de contenido digital y multimedia implementando una red computarizada.

La música en streaming también se ha denominado descarga continúa debido a que el usuario del producto final, bien sea música o video, consume el producto a la vez que lo descarga.

En consecuencia, la música en streaming implica la difusión y reproducción, generalmente masiva, de contenido digital del tipo sonoro. En la actualidad como ya se expresó son varias compañías las que compiten para posicionarse en el mercado.

a) Funcionamiento de la música en Streaming

El streaming funciona en contraposición al habitual método de descarga, según el cual, el usuario para poder disfrutar un video o canción debía, con anterioridad, haberlos descargado por completo (antiguo Napster o Ares). Por ello, para su funcionamiento, el streaming se apoya en un búfer de datos.

El búfer no es otra cosa que un almacén en el cual se van descargando, en vivo y en directo, los datos del video o canción a la par que se van reproduciendo en la interfaz del usuario.

Para el correcto funcionamiento, los usuarios de internet que desean disfrutar de algún tipo de servicio de streaming, deben disponer de un ancho de banda al menos equivalente a la tasa de transmisión del servicio (Mbps= Megabits por segundo).

b) Tipos y ejemplos de streaming

Un streaming implica la retransmisión en directo de archivos, bien sean visuales, sonoros o una mezcla de ambos. Es decir, podemos distinguir entre streaming audiovisual y streaming sonoro o música en streaming. La diferencia es simple, mientras el primero está orientado a la difusión de videos, generalmente series y películas (pero también conferencias, charlas, clases, tutoriales, etc.) el segundo se limita a la redifusión de material sonoro, especialmente discos y sencillos musicales.

Con relación al streaming audiovisual, probablemente el más famoso de la actualidad sea Netflix, acompañado de una constante competencia que muy poco tiene que envidiarle a la plataforma, tales como HBO, Hulu, Amazon Prime Video y otras plataformas que se han extendido tales como Disney+.

En cambio, plataformas como Spotify y Deezer, son las más conocidas en el ámbito del streaming musical. Estas firmas se dedican a la redistribución de música de un modo totalmente legal, respetando los derechos de autor mediante acuerdos con las productoras musicales y las empresas discográficas.

No podemos negar, que la música en streaming diariamente asume un mayor posicionamiento, es decir, cada vez tiene mayor espacio e importancia entre los internautas, por lo cual no es desatinado afirmar que estamos en los albores de una transformación irreversible en los medios tradicionales tales como la radio y la televisión.

e. Streaming y derecho de autor

La prosperidad tecnológica de la industria del software, del cine, de la música, de la editorial y del negocio del espectáculo ha traído nuevas formas de explotación de la propiedad intelectual tanto de los derechos sobre las obras contenidas y difundidas en el entorno digital como de las transmisiones y retransmisiones de las emisiones que conteniéndolas o no, también pueden conllevar derechos de autor y/o derechos conexos protegidos por la legislación.

Por ello han surgido nuevas y novedosas formas de difusión de la propiedad intelectual tales como la conocida bajo el término en inglés “streaming”.

Según se entiende, el streaming, por su universalidad y su composición amigable con el ambiente, permite la utilización indiscriminada y sin fronteras de la propiedad intelectual con una facilidad impensada y su consecuente comercialización mundial, que de hecho en algunos casos puede vulnerar los derechos de autor y derechos conexos y cada vez lo hará más si no se establecen mecanismos adecuados para regular la explotación que logren establecer el pago de una remuneración o compensación adecuada a los autores, artistas intérpretes

y ejecutantes, a los productores de fonogramas y audiovisuales, a los organismos de radiodifusión y a las editoriales, esto es, al conjunto de todos los actores intervinientes en el proceso de creación intelectual y de la explotación de esas creaciones y producciones.

La legislación argentina no especifica el concepto de “streaming” en la ley de propiedad intelectual y desde luego, el mismo no equivale a una reproducción de las obras intelectuales en el sentido lato del término conforme lo ha definido la Ley. La “reproducción” se caracteriza por la fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación a pesar de que la misma comprenda su almacenamiento electrónico y la obtención de copias de toda o parte de ella. No obstante, en el streaming no se da necesariamente la fijación de la obra en un soporte material ni su almacenamiento electrónico. En este contexto, todo proceso necesario y conducente a que la obra sea accesible al público constituye un acto de comunicación y por su naturaleza, el streaming caería bajo esta definición general como una modalidad de comunicación pública.

Si bien las disposiciones generales de la Ley de Propiedad Intelectual son lo suficientemente amplias como para comprender novedosas y variadas formas de explotación de las obras intelectuales y de las emisiones que conteniéndolas o no son transmitidas o retransmitidas, es posible defender los derechos de autor y derechos conexos frente a explotaciones no autorizadas o que pudieran exceder los límites de los usos comunes, esto es, los que no interfieren con la normal explotación de las obras intelectuales ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del respectivo derecho.

Según dispone la legislación vigente, toda excepción o limitación a los derechos de propiedad intelectual que pudiera estar establecida en la ley es de interpretación restrictiva y no podrá aplicarse a aquellos casos que sean contrarios a los usos legales. Es importante anotar que el autor o titular del derecho retiene todos los derechos de explotación patrimonial que no haya cedido expresamente y que cada una de las modalidades de explotación de las obras es independiente de las demás, por lo cual la cesión sobre cada forma de uso debe constar en

forma expresa y escrita, quedando reservados al autor todos los derechos que no haya cedido en forma explícita.

El streaming podríamos tipificarlo como una modalidad de comunicación pública, aunque debemos señalar que la ley establece que es lícito, sin autorización del autor ni pago de remuneración adicional, la realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal transmisión o retransmisión pública sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.

Si bien cada país cuenta con legislaciones propias que generan consecuencias y acciones diferentes, en temas de derechos de autor hay un concepto que debería ser base para todos: “cuando alguien crea algo, sea un contenido audiovisual, un contenido en plataformas, una fotografía o una canción, se adquieren los derechos desde ese momento y es el dueño” (Ley 11.723, art. 1 a 5).

Esto quiere decir que en principio nadie necesita hacer un proceso legal para avalar la propiedad de un contenido, solamente publicarlo y que surja de su autoría. Por eso, para usar esas publicaciones en otros canales o medios, se debe pedir un permiso o acuerdo previo para no incurrir en infracciones.

Pero para el caso de los formatos en plataformas audiovisuales, como YouTube y Twitch, se debe entrar a mirar ciertos puntos del reglamento de cada una, porque ahí es donde empieza a abrirse el camino.

Analizaremos las reglas de Twitch que es uno de las plataformas más articulada en carácter de protección de la obra artística y difundida.

En primer lugar; la plataforma de Amazon es que los derechos de autor se van a respetar y se van a aplicar según la nacionalidad del streamer y el lugar de publicación, por lo que cada caso tiene muchas particularidades.

Acto seguido, la aplicación tiene una sublicencia por el contenido que allí se crea. “Twitch contractualmente se asegura a sí mismo una

licencia sobre el contenido que los streamers emiten en la plataforma. Entonces puede hacer cualquier tipo de acto de explotación fuera de Twitch, como conceder otras licencias y obtener beneficios”.

Este terreno se empieza a tornar peligroso para los creadores de contenido porque abre la puerta a una gran variedad de situaciones, el creador de contenido también puede licenciar sus formatos por su cuenta y fuera de la plataforma, sin saber que la aplicación también lo esté haciendo con otros socios o que ya lo haya hecho y se esté retransmitiendo ese contenido sin su consentimiento, aunque ya lo haya dado al momento de aceptar los acuerdos al crear la cuenta.

Pero al mismo tiempo, el streamer puede saber que está sucediendo eso y cambiar las condiciones porque no está sacando beneficio de la retransmisión para recuperar el poder del contenido.

Así que puede no hacer nada o también puede negociar por su cuenta. Es decir, no es que Twitch solo negocie sus derechos, es que es paralelamente ambos son posibles. El streamer puede negociar por su cuenta y la plataforma por la suya, pero si el creador quiere que la aplicación ya no entre la ecuación, tendría que negociar con ella, quitar esa condición y ser el único que negocia sus derechos.

Todo esto en casos de retransmisiones por parte de terceros, porque directamente en la plataforma cualquier replica de contenido se puede denunciar y se bajará.

f. Creadores de contenido

Al hablar de creadores de contenidos debemos establecer cuál es la actividad y naturaleza a la que pertenecen por ende podríamos decir que son todas aquellas personas que crean y comparten sus trabajos, obras y aportes en plataformas de internet, sin importar la regularidad o el motivo por el cual lo hacen. Cada vez existen más personas dedicadas exclusivamente a esta tarea, por lo que indagar acerca de los aspectos básicos sobre derecho de autor relacionados a esta actividad se torna una necesidad.

En primer lugar, los contenidos generados y compartidos en plataformas de intermediación en internet, en tanto originales, pueden ser objetos comprendidos en la Ley de Régimen Legal de la Propiedad

Intelectual (Ley 11.723), ya sea por tratarse de una obra musical, una fotografía, una obra audiovisual, etc. En este sentido, quienes crean esas obras serán titulares de los derechos de autor, lo que genera la facultad de disponer de las mismas tanto en el ámbito patrimonial como moral.

Es habitual y forma parte de la cultura digital, que quienes crean contenidos utilicen obras reguladas por derechos de autor para ser incorporadas al proceso de creación de sus propios contenidos, es decir, sirven así de recursos con diferentes motivos, como puede ser el humor, el periodístico, la sátira, la crítica, el análisis u otros. Pero quien crea un contenido utiliza estos recursos provenientes de obras bajo derechos de autor sin autorización del titular o bajo una legislación que ampare ese uso puede estar incumpliendo la ley vigente en Argentina.

A su vez, las plataformas de intermediación de contenidos en internet han fecundado sus propias regulaciones corporativas a los fines de sostener el sistema de legalidad en los contenidos compartidos utilizando sus servicios. Esta regulación privada se ajusta, a su vez, a lo dispuesto por la Digital Millennium Copyright Act de los Estados Unidos¹⁴. Estas son políticas corporativas que condicionan los contenidos que se comparten utilizando sus servicios, y toma forma principalmente como una gestión de moderación, entre otros motivos, basados en el derecho de autor.

Por cada contenido original que se comparte en internet este es susceptible de tutela por el Derecho de Autor, pero existen casos en donde un contenido pueda estar vulnerando los derechos de autor de un tercero. Esta posibilidad aumenta cuando al crear un contenido nuevo, se incorpora material cubierto por derecho de autor, es decir, en el dominio privado, sin autorización por parte del titular de estos derechos de autor. De cualquier manera, en cada país existen ciertos usos de material en el dominio privado que son legales, incluso sin contar con la autorización del titular de los derechos de autor. Para

14. La DMCA es la base jurídica sobre la que se construyen la mayoría de las políticas corporativas que describen los términos de uso de los intermediarios en internet (entre ellos, plataformas como Facebook, Instagram, Twitter y otras).

los creadores de contenidos, conocer las limitaciones y excepciones al derecho de autor se torna particularmente relevante, toda vez que permite conocer el uso que es posible hacer de material ajeno.

Las plataformas desarrollan sus propias políticas corporativas de gestión y moderación de contenidos (caso de YouTube, twitch, Twitter, Instagram, Discord, Spotify) y toman como base la legislación estadounidense, por lo que se recomienda a los creadores de contenidos familiarizarse con la excepción genérica contemplada en el derecho anglosajón, llamada “Fair Use” o “Uso Justo” en español.

g. Cómo los derechos de autor impactan en la práctica de los creadores de contenido¹⁵

A continuación, desarrollaremos una serie de consideraciones expresadas en el material digital denominado “Recursos para Creación de Contenidos” de los autores Alexia Halvorsen y Franco Giandana, del sitio web www.derechodeautor.org.ar.

Sin perjuicio de ello cito referencia de autorización expresada en la misma revista pág. 1:

“Licencias:

El material se encuentra bajo licencia Creative Commons Atribucion - Compartir Igual (CC-BY-SA). Usted es libre de copiar, compartir, distribuir, exhibir, modificar, y crear a partir del material, incluso con fines comerciales, bajo la condición de reconocer la Autor y mantener esta misma licencia para las obras derivadas” <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

• Derecho de Autor en las principales plataformas

Cada plataforma ha desarrollado una serie de políticas corporativas en relación a los contenidos compartidos por sus usuarios y a la gestión de Derechos de Autor necesaria para adecuarse a las disposiciones de la DMCA.

15. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

En términos generales, las plataformas han desarrollado sus propias políticas en adaptación a la DMCA, por lo cual es necesario conocer en cada caso qué reglas aplican las empresas responsables de estos servicios en relación al Derecho de Autor.

- Música sin restricciones de Derechos de Autor

Como creadores de contenido, es necesario conocer y acceder a material que no se encuentre restringido por Derechos de Autor, a los fines de poder incorporarlos, sincronizarlos o editarlos en relación al contenido que se esté generando. Para esto, existen una serie de recursos que los creadores de contenido utilizan para asegurarse de no infringir ningún derecho de autor de terceros.

En música, una herramienta muy popular y extendida es Epidemic Sound. Quienes tengan una cuenta creada en Epidemic Sound pueden aprovechar la amplia librería de estilos y contenidos que tiene a disposición, sin preocuparse por derechos de autor. Epidemic Sound cuenta con un sistema de gestión colectiva de derechos de autor muy interesante, que permite a creadores generar nuevos contenidos utilizando materiales de terceros sin problemas.

- Responsabilidad de intermediarios

Las empresas intermediarias de diversos servicios en internet, en particular las plataformas que se basan en distribuir contenidos producidos por los usuarios, ejercen cierto tipo de moderación de contenidos en función del mandato legal de las jurisdicciones a las que pertenecen. Es por eso que la más influyente legislación en la materia en relación al derecho de autor y copyright es la Ley de Copyright para el Milenio Digital o DMCA, Digital Millennium Copyright Act.

Esta normativa genera la figura del puerto seguro o safe harbor para las empresas en caso de que se produzca alguna infracción al copyright por parte de sus usuarios. Esta cláusula de puerto seguro tiene su contraprestación: quien tiene un reclamo de copyright puede

presentarlo directamente a las empresas y estas tienen la obligación legal de tomarlo por válido y actuar en consecuencia, sin revisar la legitimidad del reclamo ni dar intervención a ninguna autoridad jurisdiccional. Esto genera consecuencias diversas, especialmente en materia de libertad de expresión, ya que el mecanismo de notificación y baja (Notice and Take Down) es usado muchas veces para dar de baja contenido legítimo en las redes.

A partir de esta regulación que alcanza a todas las empresas radicadas en los EE.UU., los intermediarios de servicios de internet (en particular las plataformas que intermedian contenidos), llevan adelante una función de moderación que puede muchas veces limitar con la censura ilegítima a la libertad de expresión. Este mecanismo incluso se encuentra automatizado a partir de tecnología tales como el sistema de Content ID de Google. Este sistema supone un filtrado del contenido potencialmente en infracción de manera que directamente no pueda ser visualizado por los usuarios.

Alternativamente, el sistema genera otros tipos de sanciones a los perfiles que han compartido dicho contenido (por ejemplo, a través de la desmonetización del contenido o suspensión de la cuenta). La responsabilidad de los intermediarios es materia de constante estudio y debate en el ecosistema de políticas de internet, y forma parte de los capítulos a los que se apunta cuando se plantea la necesidad de reforma legislativa en materia de derecho de autor.

- Moderación de contenidos en plataformas

Las plataformas de intermediación de contenidos en internet desarrollan actividades de moderación de contenidos por diferentes causas, es decir, que llevan adelante acciones concretas para verificar y asegurar que el contenido que se comparte haciendo uso de sus servicios sea legal y coherente con sus propias condiciones de uso. Uno de los grandes motivos por los que se lleva adelante moderación de contenidos es para evitar la proliferación de discursos de odio, abuso sexual infantil documentado, etc.

Por otro lado, se modera contenido teniendo como base la normativa de los Estados Unidos “DMCA”, es decir por motivos de posibles infracciones al Copyright. En consecuencia, estos intermediarios se reservan la facultad de dar de baja o de ajustar algunos contenidos subidos a sus plataformas para sostener un ecosistema de legalidad y coherencia. Entre las principales causas de moderación de contenido, se encuentran los Derechos de Autor, o ‘Copyright’ en el derecho anglosajón, ya que las plataformas no serán responsables por los contenidos compartidos por sus usuarios si frente a la debida notificación por parte de un tercero de que dicho contenido se encuentra en infracción a su copyright, la plataforma lo suspende o da de baja dicho. Esta moderación de contenido se lleva adelante muchas veces sin un análisis pormenorizado de cada situación, lo que puede derivar en un debilitamiento en el pleno ejercicio de la libertad de expresión y libertad de prensa, toda vez que el incluso el uso de contenidos restringidos por copyright puede verse alcanzado por la excepción general del Uso Justo o “fair use” contemplado en la DMCA.

Para muchos creadores de contenidos, como periodistas, youtubers, streamers, etc., las políticas de moderación de contenidos suponen un riesgo y un obstáculo a sus actividades, ya que en muchas ocasiones sufren sanciones por parte de las plataformas que les impiden conseguir rédito económico a partir de sus contenidos (incluso cediendo la plataforma los frutos obtenidos en base a visualizaciones a los titulares de los derechos sobre el contenido en presunta infracción). También existen circunstancias donde se dan de baja cuentas de estos generadores de contenido, impidiendo totalmente cualquier interacción por su parte.

A su vez, si bien las plataformas comunican al usuario los motivos por los cuales un contenido es moderado, dado de baja o suspendido o sancionado, los procedimientos para discutir la decisión de moderar un contenido requieren conocimientos legales previos, o el apoyo de expertos legales. En este sentido, en una gran cantidad de casos los usuarios cuyos contenidos son objeto de moderación optan por no realizar las gestiones necesarias para defenderlo, lo cual se percibe como un gasto de tiempo y recursos muchas veces sin resultados.

- Consecuencias de la Moderación de Contenidos en Plataformas: Chilling Effect.

La moderación de contenidos, ejercida de manera excesiva, es causa de situaciones injustas donde contenido que es legítimo sufre algún tipo de censura, como puede ser la baja del contenido de una plataforma. Si bien existen mecanismos legales y administrativos que tienen como objetivo disputar una resolución basada en Derecho de Autor en las plataformas, por ejemplo, para evitar la baja de un contenido que no se encuentra en infracción, estos procesos son complejos, extensos, y requieren un nivel de conocimiento legal mínimo, es decir, se presentan con una barrera de comprensión y gestión que es alta para un gran número de usuarios. Esta dificultad de navegar, conocer y llevar adelante los procesos de disputa de una reclamación por Derecho de Autor en una plataforma produce muchas veces el desistimiento por parte de usuarios afectados de todo intento de defender su contenido y/o de restablecerlo en la plataforma. Algunas de las causas de este desistimiento es el temor a mayores consecuencias por parte de la plataforma para el canal del usuario, o porque supone un consumo de tiempo y energía que directamente se prefiere colocar en otra cosa, por ejemplo, en generar más y mejor contenido. De cualquier manera, esta falta o ausencia de defensa por parte de usuarios afectados por una excesiva moderación de contenidos se traduce en un CHILLING EFFECT. Este Chilling effect es una inhibición y/o desmotivación en el ejercicio de derechos legítimos, ya sea por temor a repercusiones legales o por la dificultad de comprender y/o costear los procesos necesarios para llevar adelante la correspondiente defensa. En plataformas, la excesiva moderación de contenidos por Derechos de Autor produce un Chilling Effect entre usuarios afectados, que deciden renunciar a la posibilidad de ampararse en excepciones al derecho de autor en el ejercicio de la libertad de expresión, o de solicitar retractaciones por parte de los denunciantes del contenido en supuesta infracción, cuando corresponda. El Chilling Effect afecta al discurso público toda vez que reduce la cantidad de expresiones legitimadas que se encuentran

a disposición, y con esto se afecta la proliferación de múltiples perspectivas e interpretaciones sobre un mismo hecho, circunstancia o fenómeno. Esta reducción del discurso público también puede responder a la moderación estratégica de contenidos por parte de grandes tenedores de derechos de autor, lo cual constituye una real amenaza al derecho a la libertad de expresión y se expresa como una creciente monopolización en internet.

Conclusión

Como bien surge del análisis antes expuesto es imperativa la reforma o derogación de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, ya que se encuentra un vacío legal en la normativa referente a la producción de contenido sonoro en las distintas plataformas digitales.

La misma debe ser de orden público, como bien ha quedado evidenciado cada plataforma posee sus políticas de gestión de Derechos de Autor y puede decantar en una verdadera arbitrariedad para quienes generan contenido.

A su vez, también debe ampliarse el espectro de actividades protegidas, considerando que la vigente ley ampara un número limitado de creaciones artísticas y en la actualidad con la llegada de internet estas se han ampliado y diariamente van surgiendo nuevas.

La llegada de internet supone el comienzo de un camino, cuya previsión jurídica debe ser tal, que no nos permita quedarnos atrás en el desarrollo tecnológico. Las predicciones sobre el futuro en materia de transformación tecnológica, otorgan un lugar privilegiado a los entornos digitales en el contexto mundial. Ha ocurrido un cambio de paradigma en cuanto a la forma de relacionarse de los individuos. Prueba de ello es que los medios digitales se han popularizado.

Deberemos acompañar estos cambios con una legislación adecuada y tuitiva de este derecho humano que es el Derecho de Autor, en nuestro caso, referido a la música.

Bibliografía

Lipszic, Delia. (1993). Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires: UNESCO.

Lipszic, Delia. (2019). Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. Buenos Aires: Hammurabi.

Derecho de Autor. Cuestiones Actuales. Revista Jurídica de Buenos Aires (2014). Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Ed. Abeledo Perrot. Pág. 19-44

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC)

<https://www.derechodeautor.org.ar>.

<https://quees.com.mx/que-es-una-plataforma-digital/>

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

<https://www.obicex.es/blog/aprende-con-obicex/que-son-los-entornos-digitales#:~:text=Podemos%20definir%20el%20entorno%20digital%20como%20el%20conjunto,negocios%2C%20marcas%2C%20organizaciones%20y%20Fo%20organismos%20de%20car%C3%A1cter%20educativo>.

<https://www.cinconoticias.com/entornos-digitales/>

**SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL Y DERECHO A SER
ESCUCHADO**

Valeria Paredes

Sergio Herrero

San Juan

Año 2023

Índice

Introducción	43
Desarrollo	43
¿En qué consiste el Síndrome de Alienación Parental?	43
El SAP en el orden institucional	45
El SAP en distintos países	48
Resultados	61
Encuesta para abogados	62
Método	65
Conclusión	66

Introducción

En la década de los años 90 comenzó a tomar auge una supuesta Teoría que vendría a hacer justicia en aquellos procesos judiciales de índole familiar, donde papá y mamá se disputaban la custodia legal y el amor de sus hijos. Dicha teoría tiene el nombre de Síndrome de Alienación Parental, siendo su mentor el Psiquiatra Richard Gardner. Sin embargo, el transcurso del tiempo puso en tela juicio su teoría, ya que aquellos niños y niñas supuestamente alienados, se convirtieron en adultos que pusieron en evidencia la ceguera de un sistema judicial obnubilado por una teoría, y despreocupada de corroborar sus sustentos académicos. No obstante ello, lo trágico radica en que aquellos operadores del derecho nunca se cuestionaron si se estaba vulnerando un derecho esencial y protegido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: el Derecho a ser Oído, y por medio del cual se podría haber descubierto el flagelo de los abusos infantiles. Por ello, esta investigación se centrará en analizar las bases académicas del SAP, y su vinculación con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Desarrollo

¿En qué consiste el Síndrome de Alienación Parental?

El SAP, ha sido conceptualizado, como un supuesto trastorno de salud mental que sufren los hijos manipulados por uno de sus progenitores para que rechacen y muestren odio hacia el otro progenitor no conviviente. Consiste en una campaña de descrédito hacia la persona afectada, instigando temor y resentimientos injustificados por parte de la figura paterna o materna. Y se visibiliza cuando el niño o niña rechaza abiertamente al progenitor acusado, haciendo suyas las descalificaciones esgrimidas por parte del otro progenitor.

El origen del concepto se remonta al año 1985, cuando el médico estadounidense Richard Gardner comenzó a emplearlo en los procesos

de divorcio, en los cuales, Gardner actuaba como perito judicial en casos de custodia, a menudo defendiendo a padres acusados de abuso sexual o maltrato. Según su teoría, que expuso en un artículo ya borrado de Internet “Tendencias recientes en litigios de divorcio y custodia”, en esta situación “uno de los progenitores está programando sistemática y conscientemente al niño para denigrar al otro progenitor”. Desde entonces, Gardner estuvo utilizando expresiones con connotaciones médicas para referirse a lo que se conoce popularmente como “lavado de cerebro”. Él lo entendía como algo con componentes específicos: por ejemplo, describía que se mezclaban aspectos conscientes e inconscientes y que parte del proceso se debía a factores internos de los niños, independientemente de la tarea negativa que llevaran a cabo los padres.

Desde una perspectiva médica Gardner lo que hace en su tratado es, proponer la posibilidad de aplicar un tratamiento a través de un procedimiento de desprogramación y, por ende, diagnostica este tipo de fenómeno dentro de un trastorno respecto al progenitor alienante y respecto del niño, permitiendo así la posibilidad de su reconocimiento en la American Psychiatric Association y su inclusión en el DSM-V.

De esta forma el patrón relacional, contextual y conductual descrito bajo el concepto del SAP, parecería encontrar acomodo en la clasificación internacional de trastornos del DSM-V descrito como un problema que puede ser objeto de atención clínica relacionado con la educación familiar, y dentro del código V61.20 (Z62.820) clasificado como “Problema de relación entre padres e hijos”.

En sus estudios Gardner, elaboró una clasificación sintomatológica; en consecuencia, enumera una serie de síntomas y/o comportamientos en el niño que permitirían considerar la existencia de un síndrome, y que son:

1. Existencia de una campaña de denigración y odio hacia uno de los progenitores.
2. Racionalizaciones triviales, frívolas o absurdas para despreciar al progenitor alienado.
3. Falta de ambivalencia del hijo con el progenitor alienado.

4. Fenómeno del “Pensador Independiente”
5. Apoyo automático del hijo hacia el progenitor alienante.
6. Casi completa ausencia de culpa.
7. Escenarios prestados.
8. Extensión del odio a la familia del progenitor alienado.

No es considerado oficialmente enfermedad

En la actualidad, el SAP no está catalogado en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS. Tampoco está incluido en el Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM, en sus siglas inglesas).

Algunas voces desde la psicología, y sobre todo de la psicología forense, sí consideran que hay pruebas científicas suficientes para reconocerlo e incluirlo en la clasificación más reciente de ese manual (en la llamada DSM-5, de 2013), donde ahora no está. Es lo que expresan en un artículo de la revista *Papeles del Psicólogo* los especialistas Ramón Vilalta y Maxime Winberg, del Instituto de Ciencia Legal y Medicina Forense de los Juzgados de Oviedo y Toledo, respectivamente.

Sin embargo, algunos documentos de investigación científica se manifiestan en el sentido de que el SAP no existe o como mucho sugieren que se trata de un suceso que aún debe ser investigado. La idea de introducir el síndrome en el DSM les parece fruto del trabajo de grupos de presión. Desde la Sociedad Española de Psiquiatría Biológica y la Sociedad Española de Psiquiatría apuntan a que existen “numerosas presiones por parte de algunos lobbies” para que el SAP se incluya en la DSM-5.

El SAP en el orden institucional

La Defe:

Marisa Graham, Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Nación, efectúa el 10 de Julio de 2020, la 2º Recomendación, en la que textualmente expresa: “La Defensora de los

Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Nación, en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 55 inc. c) de la Ley 26061 y en el marco de las atribuciones y competencias que le han sido conferidas, efectúa a los operadores judiciales de los fueros penal, civil y de familia, a los operadores del Ministerio Público (fiscalías, defensorías y asesorías), a los operadores de los órganos de protección de derechos en todos sus niveles, conforme la Ley 26061, y en particular, a los Tribunales Superiores de Justicia, en tanto autoridad máxima de los distintos poderes judiciales del país, una serie de recomendaciones”... Para llevarlo a cabo, la Defe se basó en una serie de hechos observados o informados a la misma, y precisamente, se concentró en la utilización de argumentos pseudocientíficos (SAP o todas las formas discursivas que sin nombrarlo remiten a ese constructo), que culpabilizan a la adulta protectora denunciante y a las niñas, niños y adolescentes.

La Defe recomienda:

- Escuchar y validar las denuncias de las progenitoras denunciantes, descartando argumentaciones basadas en teorías científicamente descalificadas como el falso Síndrome de Alienación Parental (SAP), la Co-construcción, el “lavado de cerebro” y otros similares. Tener en consideración e incorporar a las causas los informes de especialistas intervinientes.
- Monitorear las prácticas procesales de aquellos servicios denunciados ante los órganos de control, por actuaciones que no respeten los derechos de niñas, niños y adolescentes. Descartar argumentos discriminatorios y culpabilizadores contra niñas, niños y adolescentes en informes, pericias y sentencias.
- Articular con los órganos de protección de derechos a fin de integrar sus intervenciones e informes en los procesos judiciales implicados en la problemática. Si es ante un ámbito del sistema (salud, educación, etc.) comunicarse con el familiar protector identificado por la niña, niño o adolescente.

Federación de Psicólogos de la República Argentina

En su comunicado en respuesta a la consulta efectuada por el Observatorio de víctimas de delitos del Congreso de la Nación, han manifestado el desconocimiento y rechazo del Síndrome de Alienación Parental.

Al respecto, textualmente han dicho que: ... *“Que la normativa deontológica de la Profesión fija que los/as Psicólogos/as no aplicarán o indicarán técnicas ni teorías psicológicas que no sean avaladas en ámbitos científicos, académicos o profesionales reconocidos. 3.3.5 Código de Ética. De esta manera y dicho lo anterior, subrayamos que el SAP ha sido rechazado por diversas entidades científicas por considerarlo inválido, e inhabilitado como síndrome por no haber sido debidamente probado. En esa línea, no surgieron tratamientos y/o técnicas con consenso en su aplicación y/o aval o idoneidad científica dentro de la ciencia psicológica. A su vez, el SAP y las pseudo teorías afines, no forman parte de los planes de estudio de la carrera de Psicología de las universidades argentinas; ni de los planes de estudio de los diversos cursos de postgrado y/o especializaciones en Psicología que se dictan en las universidades Argentinas Públicas, privadas ni en el campo universitario del exterior... Por consiguiente, la facultad de participar en el proceso descontextualizada y a merced de criterios que carecen de toda racionalidad, evidencia empírica, y validez Científica, son de suyo inaceptables y contrarios a los fines para los cuales se otorga desde la niñez el derecho a ser oído”.*

Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina

Mediante un proyecto presentado por las Diputadas González Gladys Esther y Schmidt Liermann Cornelia en mayo de 2013, la Cámara emite un pronunciamiento.

El proyecto tiene su razón de ser en la preocupante situación que implica el uso de terapias de revinculación en casos de abuso y maltrato y el diagnóstico de enfermedades desestimadas por el ámbito científico académico y la Organización Mundial de la Salud, como lo es el Síndrome de Alienación Parental (SAP) de dudosa validez.

Las diputadas tienen como objetivo expresar repudio y servir de antecedente de manera de evitar que en los juicios de familia, sobre todo en aquellos donde se hayan generado situaciones de violencia

familiar y de abuso infantil, se aplique el mencionado síndrome como terapia de revinculación de los menores con el padre abusivo. Daños irreparables pueden acrecentarse si la Justicia pierde de vista el interés superior del niño en miras de aplicar teorías sin fundada base científica que solo pueden dar lugar a la especulación y a la improvisación.

Dicho proyecto se basa en publicaciones de la Asociación de Psicólogos Americana - APA- y de la Asociación Americana Médica -AAM-. Es así, que la APA, a través de la Comisión Especial sobre Violencia y Familia, concluyó en su trabajo “Cuestiones y dilemas en violencia familiar: El personal judicial debe no solo ser advertido que el PAS no está reconocido como un síndrome médico por la AAM (Asociación Americana Médica) y la APA, (Asociación de Psicólogos Americana) sino que el empleo de este dudoso síndrome como un instrumento, adaptado para quitar la tenencia a las madres, no puede consentirse...”. La AAM y la APA concluyen: “El trabajo de Richard Gardner jamás ha sido revisado ni reexaminado. Él logró posicionar este tema a través de la publicación de sus propios trabajos en su propia editorial, Creative Therapeutics, fue su propio editor de los 30 libros que publicó desde entonces, incluido *Parental Alienation Syndrome*.

El SAP en distintos países

Muchos países se ha planteado, desde la práctica pericial forense y judicial, la necesidad de contemplar el fenómeno del SAP al efecto de preservar el principio de interés superior del menor.

Así, en el ordenamiento jurídico de España, cuando se habla del Síndrome de Alienación Parental (SAP) o Alienación Parental (AP) se está refiriendo a un fenómeno que se ha de ubicar dentro del derecho de familia al producirse en el contexto de las relaciones paterno-filiales, pero no en cualquier tipo de relación paterno-filial, sino en aquellos casos donde se dan dos requisitos, por un lado, que se haya producido una ruptura de pareja, ya sea una separación o divorcio, pero siempre de carácter controvertido, y con un alto grado de conflictividad; y en segundo lugar, que haya algún hijo común menor de edad. Sin embargo,

tanto la doctrina como la jurisprudencia española se encuentran divididas en cuanto a su reconocimiento jurídico; por ello, autores como González Sarrió Ignacio sostienen que el SAP carece de reconocimiento por dos entidades de ámbito internacional para el estudio de enfermedades mentales, y que son la OMS y el DSM (Asociación Americana de Psicología), y ello unido a la falta de consenso respecto a su tratamiento.

Desde el punto de vista jurídico algún sector doctrinal ha rechazado tal fenómeno argumentando que su reconocimiento puede suscitar que se utilice como instrumento para otorgar la custodia a favor de los hombres, e incluso se ha llegado a argumentar que el hecho de reconocer al SAP implica infligir un tipo de violencia contra las mujeres.

Por otro lado, en Brasil se sancionó una ley, la 12.318/10 titulada *Contra la Alienación Parental*. En su artículo 2 expresa: “Se considera un acto de alienación parental la injerencia en la formación psicológica del NNA, alentado o inducido por uno de los progenitores, por los abuelos o por quien tenga bajo su autoridad, custodia o vigilancia al NNA, para que repudie al progenitor alienado o que cause un perjuicio al establecimiento o mantenimiento de los vínculos con este último”.

Sin embargo, los colectivos y movimientos de mujeres y madres en conjunto con la Plataforma EDVAW (compuesta por los mecanismos de expertas independientes sobre discriminación y violencia contra la mujer) desde el año 2019 vienen trabajando para combatir esa pseudo-teoría, que está ocasionando víctimas en todo Brasil, siendo uno de sus casos más paradigmáticos el de la muerte de la niña Joanna Marcenal. El caso se refiere a una niña de 5 años, alejada de su madre que había denunciado por abusos físicos al padre. A pesar de esta denuncia, se le otorgó la custodia al padre bajo el argumento de que se trataba de un caso del supuesto “síndrome de alienación parental”.

Esa lucha, tiene como base las Recomendaciones del Consejo Nacional de Salud de Brasil solicitando la derogación de la Ley de Alienación Parental y la prohibición de los términos “alienación parental” (AP), “actos de alienación”, “síndrome de alienación parental” (SAP) y sus derivaciones en el sistema judicial y en las prácticas en el área de la salud.

Legislación sobre el Derecho del Niño a ser Oído

El derecho a ser oído de las niñas, niños y adolescentes tiene amplio reconocimiento, tanto a nivel internacional como a nivel local. A nivel internacional, se destaca la “Convención sobre los Derechos del Niño”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que garantiza el derecho del niño a ser escuchado, como también que su opinión sea tenida en cuenta. Estos derechos fueron reconocidos por nuestro país en el año 1994 con la reforma constitucional, al incorporar a nuestro ordenamiento jurídico Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. En consecuencia, la Argentina sanciona el 28 de Septiembre de 2005 la ley 26.061 sobre “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” en el que expresamente se consagra el derecho de los niños a ser oídos, el derecho a que se tenga en debida consideración su opinión, y particularmente, se reconoció el derecho de los niños a participar activamente en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte.

- *La Convención sobre los Derechos del Niño*

Uno de los principios más importantes que establece la “Convención sobre los Derechos del Niño” es el “derecho del niño a ser oído”. Esto se ve plasmado en el artículo décimo segundo de la Convención, el cual prescribe: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

A causa de las diversas interpretaciones y debates que generó dicho artículo, el “Comité de los Derechos del Niño” emitió la “Observación General N°12” con el objetivo principal de apoyar a los Estados partes en la aplicación efectiva del artículo 12 de la Convención, y en particular, esclarecer el significado e interpretación de dicho artículo.

En este sentido, en la Observación General N°12 el Comité se encargó de aclarar la mención de que todo niño tiene derecho a ser escuchado cuando “esté en condiciones de formarse un juicio propio”. Y precisó que dicha condición no debe verse como una limitación, sino como una obligación de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible, sin que los Estados partes puedan partir de la premisa de que un niño es incapaz.

• *La ley 26.061 sobre “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”*

En nuestro país, existe la ley de “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” que propone garantizar el ejercicio y disfrute pleno de todos los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional, como así también en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, de todos las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en territorio de la República Argentina. Esta protección se encuentra sustentada en el principio del “Interés superior del niño” y, a la luz de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, intenta una protección superadora e integral del derecho de los niños a ser oídos y a participar activamente en los procedimientos que lo afecten directamente.

En este sentido, el artículo segundo de la ley 26.061 establece que cualquiera sea la forma en que se manifiesten las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos en todos los ámbitos en los que se desarrolle. Asimismo este artículo proclama expresamente que todos los derechos consagrados en la ley, incluido el derecho a ser oído, son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

El artículo tercero, define “Interés superior” como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley, reconociendo expresamente el derecho de las niñas, niños y adolescentes a “ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”.

En este mismo orden de ideas, en el título segundo de la ley sobre “Principios, derechos y garantías”, el artículo vigésimo cuarto consagra el “Derecho a opinar y a ser oído”, considerándolo como el derecho de los niños a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les concierne y en aquellos que tengan interés, abarcando todo los ámbitos en que se desenvuelven; teniendo en cuenta la opinión conforme a la “madurez y desarrollo” del niño.

Finalmente, en el artículo vigésimo séptimo, al establecer las garantías en los procedimientos judiciales o administrativos, instituye que los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes todos los derechos contemplados en nuestra Carta Magna, en la Convención Sobre los Derechos del Niño, en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, pero primordialmente el derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente, como así también a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte y a participar activamente en todo el procedimiento. Este artículo también prevé la asistencia de un abogado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, disponiendo que en caso de no contar con los recursos económicos suficientes para disponer, el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

- *Código Civil y Comercial de la Nación*

El nuevo Código Civil y Comercial recepta el modelo de protección integral de derechos de los niños y niñas, y por ello, recoge sus reglas estructurales; entre ellas, la concepción jurídica de la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal y social, y el de la capacidad progresiva de NNyA.

En ese sentido, en el Código Civil existen numerosos artículos que se refieren al derecho de ser oídos, entre ellos, se encuentra el artículo 66 por el que la persona con edad y madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando; el artículo 113 cuando establece que para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente y tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez. También podemos mencionar la norma que se refiere a la adopción que enumera entre los principios generales el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y que su opinión se tenga en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 595); o la que establece que si el adoptante tiene descendientes, deben ser oídos por el juez, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez (art. 598), entre otros.

• *Legislación en San Juan*

En la Provincia de San Juan, se sanciona el 05 de diciembre de 2002, la ley 727- C (antes ley 7338), que establece el régimen de protección integral de los derechos de todos los niños y adolescentes. Así, en su extenso artículo 1 dispone que “Los niños y adolescentes se reconocen como sujetos plenos de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, las Convenciones y/o Tratados Internacionales aprobados por el Congreso de la Nación, en especial: la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas Beijing, Resolución 40/33 de la Asamblea General del 29 de noviembre de 1985), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad (Resolución 45/113 de la Asamblea General); las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad); en la Constitución de la Provincia de San Juan, en el ordenamiento legal vigente y demás leyes que en su consecuencia se dictaren, las que solo podrán interpretarse en su exclusivo beneficio y superior interés”... y culmina con un importante

imperativo para no dejar lugar a dudas en la interpretación de esta ley que debe entenderse complementaria, y dice “Los derechos y garantías enumerados en la presente ley deberán entenderse como complementarios de los ya consagrados y de todos los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas en el ordenamiento general vigente.

Más adelante, en su artículo 3º, nos ofrece una definición del principio el Interés Superior de niños y adolescentes, al expresar que se refiere al sistema integral de todos y cada una de los derechos que lo constituyen, aplicando su máxima satisfacción integral y simultánea, y mínima restricción.

Asimismo, el artículo 28 de la mencionada ley, explicita el Derecho a ser oídos, y expresa que “Los niños y adolescentes no podrán ser privados de sus derechos sin el debido proceso legal, el cual garantizará el derecho a ser oídos en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que afecte el respeto y dignidad que se les debe como personas en desarrollo. El derecho a ser escuchados tendrá validez en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos. Se garantizará al niño y al adolescente su intención en todo proceso judicial o administrativo que afecte sus intereses. La opinión de estos en los citados procesos será tenida en cuenta y deberá ser valorada, bajo pena de nulidad, en función de su edad y madurez para la resolución que adopte, tanto administrativa como judicialmente, debiéndose dejar constancia en acta certificada por quien tenga a su cargo la fe pública”.

Jurisprudencia

• Autos n° 88.189, caratulada: “D.D. EN J° 21.167 C .A.L. C/ D.D. P/ PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD S/ INC”. Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza

El 15/5/2002, en autos n° 12.358/02, A. C. y D. D. comparecieron en forma conjunta ante el Juzgado de Familia de General Alvear; solicitaron se homologara un acuerdo de tenencia, alimentos y régimen de visitas, al que habían llegado, de común acuerdo.

Dos meses más tarde, compareció la Sra. A. L. C. y denunció que desde la presentación de aquel acuerdo, hasta el 5/7/2002, D. D. no había cumplido lo convenido ni respecto a las visitas ni a los alimentos; que su conducta era prácticamente de persecución, visitando a los menores todos los días, en horarios inapropiados, sin contemplar las necesidades, ni las bajas temperaturas; que durante la convivencia debió soportar hechos de violencia, amenazas y otros improprios; que todo esto hace que el régimen amplio de visitas que se había convenido originariamente no funcione, por lo que solicitó se ordenase las visitas en días alternados y horarios concretos, de acuerdo a la época y edades de los menores.

Paralelamente, el Sr. D. dejó constancia ante la policía de Villa Atuel de las dificultades existentes en el régimen de visita. En octubre de 2002, por ante el Cuerpo de Mediadores de la Segunda Circunscripción Judicial, las partes llegaron a un nuevo acuerdo sobre el régimen de visitas.

Dos meses más tarde, el 27/12/2002, la Sra. A. C. interpuso una medida cautelar. Relató actos de violencia moral a los que había sido sometida durante la vida en comunidad hasta que el esposo, por un acuerdo, dejó el hogar conyugal el 6/5/2002. Dijo que los acuerdos sobre visitas nunca se habían cumplido de manera razonable, siendo los niños retirados en horarios diferentes a los acordados, incluso estando enfermos; que el padre presiona a los niños y que la niña M. A. se encuentra lesionada psicológicamente, como lo acredita con el informe de la Lic. Silvina Pérez que acompaña.

Ante la petición de una cautelar por la actora, el 3/3/2003, la Jueza titular de Familia de General Alvear: suspendió el régimen de visitas establecido y, atento a que se había denunciado la probable comisión de delitos contra la integridad sexual de la menor M. A. D., ordenó compulsa de las presentes actuaciones para remitir a la Fiscalía de

Instrucción. Fundó su decisión en los informes psicológicos que daban cuenta que “la niña A. se encontraba en situación de *riesgo grave* debido a la conducta perversa desplegada por su padre, quien manipula física y psicológicamente a la niña, ejerciendo su poder agresivo sobre sus dos hijos”. Separadamente, por autos n° 7.493, caratulados: “F. c/ D. Pérez, D. p/ Abuso sexual” originarios del Juzgado de Instrucción de General Alvear, iniciados el 5/5/2003, se tramitó una denuncia realizada por la madre sobre la base de una serie de informes psicológicos, obrantes en el expediente 12.358/02 del Juzgado de Menores. Pero el 29/7/2004 se sobreseyó definitivamente la causa por el vencimiento de la prórroga extraordinaria que con anterioridad se había otorgado.

Finalmente, en autos n° 13.188/03 originarios del Juzgado de Familia de General Alvear, iniciados el 30/5/2003, la Sra. A. L. C. solicitó la privación de la patria potestad contra el Sr. D. D. respecto de sus hijos M. A. y R. D. D. Relató lo acontecido en los expedientes antes referenciados y acompañó, entre otros, los informes psicológicos emanados por las Lic. Alejandrina Sanfurgo y Silvina Pérez. Notificado el demandado, no compareció, por lo que a petición de la actora, se lo declaró rebelde el 7/10/2003. Sin embargo, con posterioridad compareció el demandado, fijó domicilio, y peticionó se le practicaran entrevistas psicológicas para determinar las características de su personalidad, a través del CAI.

• *Dictamen del cuerpo auxiliar interdisciplinario, sector salud mental, firmado por la psicóloga Estela Maris Ferrero y la siquiatra Laura Hernández*

Las profesionales mencionadas en el título pertenecen al CAI de la Primera Circunscripción Judicial. Informan al Tribunal que la compulsión del expediente y las evaluaciones síquicas realizadas tanto a los niños como a los progenitores muestran los siguientes indicadores compatibles con el síndrome de alienación parental:

1. Obstrucción a todo contacto. La progenitora vivencia que el padre no es apto para el desempeño del rol parental, por lo que no ha propiciado el contacto de sus hijos con él.

2. Denuncias de abuso. Existen antecedentes de denuncia de abuso sexual en el cual el progenitor fue sobreseído; no se encuentran en el momento actual indicadores compatibles con haber experimentado una situación de abuso sexual.

3. Deterioro de la relación posterior al divorcio. Está acreditado que la relación de los niños con el padre se deterioró después de la separación.

4. Reacción de miedo por parte de los hijos. Se evidencia especialmente en R., quien si bien expresa que cuando visita a su papá en el juzgado, le pareció bueno, luego no quiere verlo por temor a la reacción de su mamá y su hermana.

5. Campaña de denigración. El discurso de los niños es de tipo adulto, denotando influencias negativas hacia un posible contacto con el progenitor.

6. Justificaciones fútiles. No se observan en los niños indicadores de maltrato por parte del progenitor hacia ellos; la negativa a verlo está basada, en R., en relato de su herma y familiares, y en A., en que su padre hace papeles en el juzgado para verlos y quiere obligarlos a que lo hagan.

7. Ausencia de ambivalencia. Ambos niños están seguros de no querer mantener un vínculo con el padre.

8. Fenómeno de independenciam. Los niños afirman que nadie los ha influenciado y que solos han llegado a adoptar esta actitud.

9. Sostén deliberado. Los niños se encuentran aliados a la progenitora, la defienden en el conflicto, idealizando su figura.

10. Ausencia de culpabilidad. Los niños no sienten culpa por negarse a ver al padre ni por la denigración que de él hacen.

11. Escenarios prestados. R. cuenta hechos que manifiestamente no ha vivido y que ha escuchado contar.

12. Generalización a la familia extendida. La negativa se ha extendido a la familia extensa del progenitor.

Por todo lo expuesto se confirma el diagnóstico de “síndrome de alienación parental estadio III grave, en el cual la progenitora es la alienadora y el progenitor el alienado”.

En consecuencia, la Sala Primera de la Excm. Suprema Corte de Justicia, basándose en lo expresado por el CAI y la Sra. Asesora de Menores Revoca la decisión recurrida y, en su lugar, confirmar la de primera instancia, disponiendo, entre otras cuestiones (como tratamiento psicoterapéutico familiar), el inmediato restablecimiento de vínculo entre el padre y los hijos.

• Autos “I. M. M. C/ LL. D. S/ VIOLENCIA FAMILIAR” (Expte. 28714)-
Juzgado de Familia Nro. 6 del Departamento Judicial de San Isidro.

El 19/08/2019 la actora inicia los autos “I. M. M. C/ LL. D. S/ VIOLENCIA FAMILIAR” (Expte. 28714), fundamentalmente la petición consistía en medidas de protección y la suspensión del régimen de comunicación, para lo cual la actora acompaña copia de lo resuelto por el Juzgado de Flia. N° 1 de Tigre disponiendo prohibición de acercamiento y cese de actos de perturbación y hostigamiento entre los adultos exclusivamente. Paralelamente se iniciaron por la misma parte actuaciones del 28/10/2019, solicitando que los niños no mantuvieran contacto con su padre, hasta tanto accedieran a un tratamiento psicológico, alegando “sospecha de maltrato”, por lo cual se encontrarían en riesgo. En un primer momento no se hizo lugar a lo solicitado, no obstante en razón de la insistencia, se dispuso en forma preventiva y cautelara, que se suspendía el pernocte de los niños en casa de su progenitor, y la supervisión del régimen de comunicación por la asistente social, designada en el expediente de violencia. No obstante que ambas partes recurrieron la medida, tras informes favorables al ejercicio del rol paterno, la medida se levantó, retornando al régimen de comunicación anterior.

Trascurridos 5 meses, se presenta el padre sosteniendo que en razón del Aislamiento Preventivo y obligatorio, el régimen de comunicación fue unilateralmente interrumpido, solicitando por tanto su restablecimiento. Al contestar el traslado, la progenitora solicitó el rechazo, manifestando que temía que, en virtud de sus actividades, el padre les contagiara coronavirus a sus hijos. Una vez planteadas las posiciones y previa intervención del Ministerio Público, se ordenó

mantener el statu quo por la especial situación sanitaria del momento. Al día siguiente una Disposición Administrativa admitió los traslados a casa del otro progenitor una vez por semana, por lo que la madre fue intimada a cumplirlo. Posteriormente, ante reiterados incumplimientos de la progenitora, se ordena hacer uso de la fuerza pública si fuese necesario para el cumplimiento del régimen, ante lo cual la madre rehusa nuevamente a la Jueza interviniente, resolviéndose dicho pedido como improcedente. Es entonces, cuando se cita a las partes junto a sus abogados a una audiencia conciliatoria, asumiendo las partes el compromiso de arbitrar los medios para el contacto de los niños con sus padres, evitar mantener contactos entre sí en los intercambios con los hijos, así como a someterse a pericias psiquiátricas y psicológicas.

Con posterioridad la progenitora denuncia un hecho de violencia del padre contra uno de sus hijos y solicitaba la madre que el niño fuera escuchado, ya que no deseaba las comunicaciones con el padre. Se dispuso la suspensión del pernocte en casa del padre, así como la realización de informes técnicos y seguimientos sobre el grupo familiar.

De la ponderación de la prueba colectada a la luz de la normativa protectoria de los Derechos de los Niños, surgen una serie de consideraciones, entre las cuales podemos destacar. La jueza expresa que la madre le expresó “...en la audiencia del art. 36 del CPCC, celebrada el 28/08/2020), su meta es que sus hijos no tengan más contacto con su progenitor y su familia ampliada...”. Dispuesta la suspensión preventiva del pernocte en casa del progenitor y supervisión por asistente social, la madre argumentó: “durante la estadía de los niños con su padre, este no ejercía el debido cuidado y que, incluso los violentaba entendiéndolo que una fractura del brazo sufrida por I. fue exclusivamente atribuible a su maltrato y que, mientras estuvieran con él, sus hijos estaban en riesgo, circunstancia que, se adelanta, nunca pudo ser debidamente probada”. El 13/9/19, la actora a su vez penalmente expresó cuando fue preguntada por la relación del padre con los menores que “ellos adoran a su padre y no iban a decir nada malo de él”. Con posterioridad en los considerandos, manifiesta la magistrada “En efecto, la Sra. I acudió a todo tipo de estrategias, debidamente asistida por sus letradas a saber: recurrir las diversas

providencias y/o resoluciones que se fueron dictando; concurrir junto a una de sus abogadas a la televisión” y que “la nombrada (refiriéndose a la madre) decidió hacer caso omiso a la manda judicial e impidió directa y absolutamente que los pequeños vean y se comuniquen por cualquier medio con su progenitor con el pretexto de que esa era su voluntad y la respetaba...”

Hechas tales consideraciones, aparece la referencia expresa por parte de la magistrada a la configuración de un caso de SAP. En tal sentido argumenta: *“Que, así las cosas, cabe detenerse en este punto y efectuar un análisis que, a manera introductoria, refleja que en el derecho existe una causal grave que afecta a la psiquis de los pequeños y que se ha descrito como síndrome de alienación parental (SAP)...”*. Agrega invocando definiciones de Aguilar Cuenca que: *“es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor...”*. Asimismo, siguiendo las definiciones de Juan Ignacio Paz Rodríguez agrega que *“... se indica que la solución cuando se plantea en un juicio la sospecha de que existe el SAP (bastando la presunción de su existencia, sin mediar un diagnóstico clínico individualizado), es iniciar una terapia coactiva destinada a desprogramar al menor alienado/a, acompañando esta terapia por un cambio en la custodia y por la prohibición de contactar con el progenitor alienador (v. p. 146)*. En otro considerando manifiesta la magistrada: *“Que con lo dicho, en la especie y, a criterio de la Suscripta, se encuentran reunidos todos los elementos que hacen presumir, al momento actual, la existencia del SAP descrito en I. y A., habiendo para ello utilizado además la Sra. I. los mecanismos legales y emocionales que hicieron posible su configuración”*.

Es así como teniendo en cuenta los argumentos expuestos, junto a otras citas doctrinarias y repaso de informes técnicos favorables al ejercicio de rol paterno, la magistrada actuante se forma un criterio sobre la existencia de un caso de SAP y no obstante no existir, tal como ella misma lo manifiesta en los considerandos una catalogación expresa de estos casos, dispone otorgar cautelarmente el cuidado personal unilateral y exclusivo de los niños a su progenitor, estableciendo un régimen de comunicación progresivo a favor de la madre, que se

irá ajustando (primero con medios telemáticos, luego contacto presencial en la familia ampliada del padre, bajo supervisión) a medida que se informen progresos en las terapias ordenadas, ampliándose hasta lograr una adecuada comunicación. También dispone la continuidad y no modificación de los espacios terapéuticos ya construidos de los padres y de los niños.

Resultados

Encuesta Tipo Abierta: Concepciones sobre el SAP en los abogados litigantes de la provincia

De acuerdo a la revisión bibliográfica y al análisis de los datos que arrojan los fallos emitidos por los Tribunales de Familia del país en causas de familia en las que se controvierte el Régimen de Parentalidad de niños, niñas y adolescentes, se advierte que el abordaje en relación al Síndrome de Alienación Parental, está lejos de ser pacífico, encontrando en tales antecedentes dos tendencias bastante marcadas, una de la doctrina más reciente por cierto, que rechaza esta figura e incluso la reputa un recurso técnico para encubrir hechos delictivos como violencia o abuso sobre los niños, por otro lado, en la jurisprudencia del país, encontramos fallos contradictorios alguno de los cuales reciben las construcciones científicas más actualizadas, que lo consideran inaceptable en el estado actual del Derecho Constitucional Argentino y de la normativa internacional de Derechos Humanos incorporada a nuestra legislación, y por otro lado existe otra tendencia que sigue aceptando la invocación del síndrome y que incluso acoge y utiliza esta figura en los fundamentos de sus fallos

En este orden de ideas, una vez analizados los criterios doctrinarios y jurisprudenciales vigentes en relación a la problemática, resultó de interés recabar datos en relación a los criterios sostenidos y las representaciones dominantes que en torno al SAP (Síndrome de Alienación Parental) exhiben los profesionales del Derecho que ejercen su actividad profesional ante los Juzgado de Familia y Menores de la Provincia de San Juan.

Con este objetivo se realizaron encuestas a abogados que se desempeñen en la provincia en Procesos de Familia tendientes a establecer el Régimen. De un total de encuestas de 120 (ciento veinte) abogados, el 70 (setenta) se especializan en Familia y Niñez, mientras que los restantes encuestados participan de modo ocasional en procesos de familia.

Las mismas buscan extraer, a partir de la información referida a sus experiencias profesionales, datos que permitan esbozar los criterios técnicos que sobre la problemática se manifiestan actualmente en la provincia. Asimismo, se procuró indagar acerca de si el derecho de los niños a ser oído se considera respetado por los tribunales de la provincia y qué importancia se asigna a tales manifestaciones en las decisiones judiciales que afectan a sus derechos. Por otro lado, subsidiariamente se buscaba trazar cómo las representaciones personales sobre la problemática influyen en el ejercicio profesional.

A continuación, se transcribe la encuesta realizada, para luego proceder a su análisis:

Encuesta para abogados

Es especialista en Derecho de Familia y Niñez:

1. Considera que en los procesos judiciales en que se debate el régimen de cuidados en relación a niños

a. Las expresiones del niño sobre sus deseos y necesidades, a menudo reproducen el discurso de un cuidador o progenitor con el que convive, el que suele estar teñido de aversión, rechazo, temor, desinterés o desamor hacia al progenitor no conviviente.

b. Las expresiones del niño sobre sus deseos y necesidades, pueden ser independizadas del discurso del progenitor conviviente, si las entrevistas e interpretaciones son llevadas a cabo por un equipo interdisciplinario especializado, que pondere tanto expresiones verbales como dinámicas conductuales, analizadas en el contexto de los sistemas familiares y comunitarios a los que pertenece.

c. Si bien es importante escuchar al niño sobre sus deseos y necesidades, no debe perderse de vista que muchas veces su relato es falso y responde a las expectativas de los adultos que ejercen sobre él una influencia preponderante.

2. *Ha podido advertir en sus clientes, que durante las consultas relativas a procesos de niñez.*

a. *El progenitor que acude a consulta, tiene un relato centrado más en la exposición del rencor y desavenencias personales para con el otro progenitor.*

b. *Habitualmente, el relato del progenitor consultante, se centra en inquietudes sobre las medidas más adecuadas para el niño, demostrando predisposición para que el niño pueda tener una relación y contacto fluido con el otro progenitor, salvo daños o peligros sobre su integridad física o psíquica.*

c. *En la actualidad los progenitores son cada vez más propensos a planificar y acordar medidas en relación a sus hijos menores, de modo pacífico, empático y conciliador.*

3. *En relación al Síndrome de Alienación Parental, considera:*

a. *La ciencia ha demostrado que se trata de un mito que favorece la vulneración de los derechos del niño y los abogados tenemos la responsabilidad profesional de invocar esta figura en nuestros escritos.*

b. *No se puede desconocer, que es frecuente que uno de los progenitores despliegue actitudes obstaculizantes infundadas y articule medidas judiciales exclusivamente dirigidas a impedir una relación fluida del niño con el otro progenitor, por lo tanto, no debe demonizarse la invocación del SAP, ya que en el caso de que concurran sus requisitos de procedencia, será un medio de protección al niño.*

c. *La experiencia judicial demuestra, que el SAP es una figura que se ha invocado en numerosos casos para prolongar y justificar situaciones de abuso y violencia, por lo que si bien invocar el síndrome será necesario en ciertos casos, los jueces deben ser sumamente cautelosos y diligentes al analizar y fallar sobre los requisitos de concurrencia.*

En primer lugar, habremos de advertir como primer dato relevante que arrojan las encuestas que la mayoría de los abogados que no se encuentran especializados en la materia, es decir, que solo se desempeñan en procesos de familia de modo ocasional o esporádico, necesitaron antes de la encuesta, ciertas aclaraciones previas sobre la terminología técnica, precisamente no tenían claramente construida la definición de SAP. En tanto que, el otro grupo de abogados, es decir

los abogados especializados en familia, reconocían perfectamente siglas y terminología jurídica, como así también mostraron poseer un posicionamiento disciplinar ya construido sobre el tema en cuestión, pudiendo advertirse que al igual que sucede entre los jueces y docturarios, en los abogados que ejercen libremente su profesión en materia de niñez, se replica la tendencia de dos grandes formas de concebir al SAP, a las que más arriba se hizo referencia.

Otra diferencia importante que puede extraerse, a partir de las respuestas brindadas, se relaciona con la edad del profesional encuestado, y no apareció como constante en razón del carácter especializado o no del profesional, y se encuentra constituida por el hecho de que los profesionales de mayor edad, que probablemente comenzaron su ejercicio profesional en la vigencia de otros paradigmas en Derecho de Familia, consideran, que es muy importante que el menor sea citado para hacer efectivo su derecho a ser oído.

Entre los especializados, tal como ya lo esbozamos, las opiniones se encuentran divididas entre quienes consideran que frecuentemente, que el progenitor conviviente ejerce las percepciones y decisiones del niño, una influencia fundamental, casi determinante y por lo tanto el SAP puede invocarse para proteger al niño y quienes consideran que puede independizarse de las influencias de los progenitores e incluso su relato debe ser analizado en conjunto con otros elementos útiles para definir las verdaderas emociones y expresiones del niño, resultando indispensable para ello la intervención de un equipo profesional interdisciplinario. Entre los profesionales que se desempeñan esporádicamente en procesos de niñez, la gran mayoría considera que no puede desconocerse que en muchos casos uno de los padres despliega conductas claramente obstaculizantes del contacto con el no conviviente, por lo que manifiestan que el recurso a la figura del SAP no debe demonizarse.

La gran mayoría de los abogados, especializados o no, manifestó advertir recientemente una mayor predisposición de los progenitores a solucionar el Régimen de Parentalidad de forma consensuada y pacífica. Asimismo, manifestaron advertir una mayor proclividad de los jueces de familia a escuchar a los niños en los procesos que a ellos afectan.

De la información recabada, a partir de las encuestas, surge que las últimas conclusiones científicas que consultan no solo las construcciones teóricas jurídicas, sino también de la Psicología y la Sociología, entre otras disciplinas, que se muestran particularmente reaccionarias a la invocación del SAP por las consecuencias de vulneración de los derechos de las infancias que se resaltan, no han logrado calar en todos los profesionales que se desempeñan en el área, ni siquiera entre quienes son especialistas, siendo probable que representaciones personales construidas, muchas veces, a partir de representaciones sociales dominantes que consideran que el progenitor conviviente, a menudo la madre, tiene una influencia tal sobre las manifestaciones de los niños que puede llegar incluso a inducir a error a psicólogos y otros profesionales que intervienen cuando el menor es escuchado, se encuentren tan arraigadas que no hayan sido cuestionadas o reflexionadas a la luz de las actuales conclusiones científicas, como tampoco a la una extensa casuística internacional, en la que los abusos y las violencias manifestadas por los niños en procesos en que se invocó la alienación parental quedaron claramente demostradas.

Método

La presente investigación consiste en un estudio social de carácter Cualitativo, ya que el tipo de lógica utilizado es el inductivo (de lo particular a lo general), cuyo propósito es “reconstruir” la realidad, tal como la observan los actores de un sistema social determinado, en este caso, los diversos operadores del derecho que interactúan en los juzgados de familia de San Juan, en donde se pretende evaluar el desarrollo natural de los sucesos.

Lo que se busca en un estudio cualitativo es obtener datos (que se convertirán en información) de personas, seres vivos, comunidades, contextos o situaciones en profundidad; en las propias “formas de expresión” de cada uno de ellos. Al tratarse de seres humanos los datos que interesan son conceptos, percepciones, imágenes mentales, creencias, emociones, interacciones, pensamientos, experiencias, procesos y vivencias manifestadas en el lenguaje de los participantes, ya sea de manera individual, grupal o colectiva. Se recolectan

con la finalidad de analizarlos y comprenderlos, y así responder a las preguntas de investigación y generar conocimiento (Sampieri pag 408-409).

Aquí se aspira como meta de investigación, describir, comprender e interpretar los fenómenos, a través de las percepciones y significados producidos por las experiencias de los participantes, ya que en el objeto de estudio de este trabajo, convergen varias “realidades”, la de los operadores del derecho, la del investigador y la que se produce en la interacción de todos los actores (actor y demandado, asesores, jueces, y niños y niñas).

Es una investigación de tipo holístico, porque se precia de considerar el “todo” sin reducirlo al estudio de sus partes.

Conclusión

De los hechos facticos de los casos jurisprudenciales, como de los informes elaborados por organismos nacionales e internacionales, es evidente, que el Síndrome de Alienación Parental es una pseudoteoría que sigue en vigencia en muchos sectores de la sociedad pero sobre todo entre los operadores del derecho. Esta situación no debe ser tomada a la ligera, sino por el contrario, como un dato preocupante que afecta los derechos de las infancias. Se ha evidenciado la falta de justicia en el abordaje de este tipo de casos por parte de los operadores judiciales es la desestimación del relato de las niñas, niños y adolescentes a través del análisis de la verosimilitud de lo narrado por la víctima, partiendo de la premisa que la mayoría de las denuncias son falsas, desoyendo las denuncias de incesto que realizan las mamás de niñas, niños y adolescentes.

Es acertado lo manifestado por la Dra. Virginia Berlinerblau, médica forense de la Justicia Nacional, al decir que el SAP... *“obstruye la investigación al confundir y falsear datos, es un arma poderosa para minar la credibilidad de las madres que denuncian incesto paterno-filial, porque la ideología subyacente potencia simetrías –impide el acceso de las mujeres y de sus hijos e hijas al potenciar la desigualdad en cuanto al acceso a los tribunales–, perpetúa la inequidad al obstruir el acto de justicia. En definitiva, es un obstáculo en la búsqueda de la verdad”.*

Del análisis de fallos y pericias técnicas en el marco de causas judiciales cuyas víctimas son niñas, niños y adolescentes que han padecido hechos de abuso sexual y/o violencia grave, surge la utilización de argumentos que relativizan o no convalidan la ocurrencia de los hechos, basándose en prejuicios e ideas discriminatorias y culpabilizadoras de aquellos que debieran ser protegidos. Con esto se pone en peligro la vigencia del art. 12 de la CDN, ya que el aparato judicial se estaría convirtiendo en una especie de circo, en donde los niños, niñas y adolescentes son expuestos para ejercer su derecho de ser oídos pero “no se los estaría escuchando”. Por ello, no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio”.

En consecuencia, desde hace unos años, distintos especialistas vienen tratando de desmontar estas supuestas teorías anticientíficas que terminan convirtiendo al derecho humano de los niños a ser oídos en meros actos formales. Los escuchamos, nadie puede negarlo, pero no les creemos nada, no conmueven sus palabras, ni siquiera a riesgo de poner en peligro su integridad física, psíquica y espiritual.

Es necesario entender, que en el grado actual de evolución del Paradigma de los Derechos Humanos y del Interés Superior del Niño, no es concebible que sigan existiendo terapias de revinculación”, “co-parentalidad” o “terapias de la coordinación de la parentalidad”, que remiten a la terapia de la amenaza planteada por el SAP, y en la que el juez aparece como la “autoridad” que obliga a los participantes (víctima y victimario), así como a los profesionales intervinientes (formados desde esta perspectiva de SAP) a reanudar el vínculo filial, sin revisar los hechos ocurridos.

Fecha: 19 /08/23.

**VIOLENCIA DE GÉNERO Y REINCIDENCIA
EN LA PROVINCIA DE SAN JUAN**

Director: Sabrina Valeria Giménez

Investigadores: Ana Paulina Castro Aneas, Celina Acosta, Juan
Ignacio Croce, Olga M. Verónica Navarro, Silvina Domínguez

San Juan

Año: 2023

Índice

Resumen	70
Planteamiento del Problema	71
1. Introducción al problema	71
2. Formulación del problema	72
Hipótesis de Trabajo	74
1. Hipótesis general	74
2. Hipótesis Disgregada	74
Objetivos	74
1. Objetivos generales	74
2. Objetivos Específicos	75
Metodología y Técnicas Aplicables	76
1. Metodología cuantitativa	76
2. Metodología Cualitativa	76
Realización y Evaluación de Actividades	77
1. Violencia de género	77
Principales Resultados de la Investigación	88
Conclusión	91
Bibliografía	92
Abreviaturas	94

Resumen

La violencia de género es un problema que afecta a personas en todos los países del mundo. Según la Organización de Naciones Unidas (ONU), se trata de “una de las más devastadoras violaciones de los derechos humanos”.

La gran mayoría de víctimas de la violencia de género son niñas y mujeres. No obstante, en algunas regiones y países, estas agresiones no son reconocidas como tales, ya que forman parte de las dinámicas sociales con las que los hombres imponen su dominio en sociedad.

Según el informe 2017 de Naciones Unidas, entre 2005 y 2016, una de cada cinco mujeres entre 15 y 49 años experimentó violencia física o sexual a manos de su pareja.

Conocer las causas de esta problemática, es y ha sido estudio de diversos profesionales. El motivo por el que se produce la violencia contra las mujeres es el conjunto de valores que aún predominan en la sociedad actual. La violencia de género tiene su origen en la cultura, la educación, la religión, las leyes, el propio lenguaje que han mantenido a la mujer en una condición de inferioridad. La violencia de género se configura, así como un mecanismo social, justificado por la tradición, mediante el cual las mujeres quedan «sometidas» a los hombres. Ello genera que las relaciones entre ambos sexos, y su posición en la sociedad, sean desiguales, no solo en el ámbito de la familia, sino en todos los contextos: en el plano social, laboral, económico, sexual...

En la Provincia de San Juan, los casos son numerosos y aumentan año a año, pese a las numerosas políticas públicas puestas en marcha. A modo de ejemplo podemos citar el hecho de que con la Ley de Flagrancia y la creación de los Juzgados de Flagrancia se ha condenado a un gran número de personas. Luego se creó la Unidad Fiscal de Investigación CAVIG (Centro de Abordaje contra la Violencia Intrafamiliar y de Género) que investiga los casos en donde mujeres, niñas niños y adolescentes son víctimas de hechos que configuren delitos en contexto de violencia de género e intrafamiliar.

Los interrogantes surgen cuando vemos casos de personas que han sido condenadas por cometer estos delitos y reinciden en los mismos. En San Juan hemos podido conocer, por los medios de comunicación, situaciones de violencias extremas, donde la víctima relata que, pese a que su agresor fue condenado, (generalmente esta primera condena es en suspenso) vuelve a ejercer violencia, violando todas las medidas protectorias establecidas para resguardar a la víctima. El relato de familiares de una mujer víctima de violencia de género, dentro de un establecimiento carcelario, generó, en este grupo de investigadores, la necesidad de indagar sobre si los victimarios reinciden en dicho contexto de encierro.

La originalidad de la investigación se basa en que, partiendo de una realidad actual, y de la información existente, se busca indagar sobre los motivos y el entorno donde el condenado decide volver a cometer el mismo delito. Esto a los fines de poder contribuir a la toma de decisiones contundentes en materia de políticas públicas.

Palabras clave: Violencia de Género. Reincidencia. Condena. Víctima. Servicio Penitenciario. Poder Judicial.

Planteamiento del Problema

1. Introducción al problema

Este estudio se origina en una problemática del mundo actual que busca indagar sobre las causas que dan origen a la violencia de género. Hoy existen numerosos estudios que han tratado de responder este interrogante.

La originalidad de la investigación se basa en que, partiendo de una realidad actual, y de la información existente, se busca indagar sobre los motivos y el entorno donde el condenado decide volver a cometer el mismo delito. Esto a los fines de poder contribuir a la toma de decisiones contundentes en materia de políticas públicas.

2. Formulación del problema

Podríamos afirmar que la condena impuesta por los tribunales sanjuaninos a los autores de femicidios¹ o delitos como lesiones², amenazas³, coacciones⁴, en contexto de violencia de género y/o intrafamiliar, no genera cambios en el comportamiento del condenado, ni de la sociedad en general, ya que el condenado reincide, y en la sociedad sanjuanina aumentan notablemente los casos de este tipo.

Muchos hechos de violencia de género ocurren, como la mayoría de los casos puertas adentro de los hogares sanjuaninos, en ellos es fundamental la decisión de la víctima de denunciar o de familiares o vecinos. Ahora bien, estos hechos al parecer también ocurren en ámbitos donde la autoridad estatal tiene o debería tener un mayor control, pero en los hechos esto no sucede, como son hospitales, servicios penitenciarios, escuelas.

El acceso al campo de las instituciones cerradas, siendo más específicos al Servicio Penitenciario de San Juan siempre es dificultoso, los motivos son múltiples pero el más fuerte es que las condiciones de vida –aún en el mejor de los casos- son condiciones que a menudo

1. Artículo 80 CPA: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1°. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia.
2. Las lesiones culposas están descritas en el artículo 94 del CPA. Art. 89 del CPA se refiere a lesiones dolosas: “Se impondrá prisión de un (1) mes a un (1) año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código”. Lesiones dolosas: se refiere a todas las lesiones (cualquier daño en el cuerpo o en la salud de la víctima) ocasionadas en forma intencional por el imputado, ya sean leves (art, 89 C.P.A), graves (art, 90 C.P.A) o gravísimas (art, 91 C.P.A).
3. Art. 149 bis: “Será reprimido con prisión o reclusión de seis (6) meses a dos (2) años el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión, si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.
4. El delito de coacciones supone el empleo de la fuerza para obligar o impedir a una persona hacer algo en contra de su voluntad. Está previsto en el artículo 149 bis 2do. párrafo, y en el artículo 149 ter del Código Penal Argentino.

atentan gravemente contra la dignidad humana. Quienes si tienen un acceso un poco más flexible son las personas que concurren a las visitas de los internos del servicio penitenciario

La existencia de la problemática social de la violencia de género no escapa a contextos de encierro como el servicio penitenciario de San Juan, donde los controles deberían de ser más exhaustivos.

Las violencias ocurridas en el contexto de los servicios penitenciarios constituyen un grave atentado contra los derechos humanos, pero cuando estas violencias son sufridas por mujeres hay que conceptualizarlas como violencias de género, es decir, como el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres y que perpetúa la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino (NN.UU. 1993). Es importante hablar en términos de violencias de género porque este concepto ya incorpora el hecho de que dichas violencias constituyen una violación de los derechos humanos de las mujeres. Pero, además, al identificar las causas de dichas violencias se hace posible arbitrar medidas y políticas específicas para combatirlas. Según el Informe DDHH 2012, “la violencia hacia las mujeres en contextos de encierro no es un hecho marginal y excepcional, sino que por el contrario se trata de prácticas cotidianas y sistemáticas” (p.109).

Se trata, sin duda, de una violencia patriarcal porque el Servicio Penitenciario, es un mundo profundamente patriarcal y lo es por dos vías: Por una parte, por su estructura y funcionamiento social el Servicio Penitenciario reproduce a pequeña escala el mismo orden social patriarcal existente, sus relaciones de poder desiguales e inequitativas para las mujeres, e incluso en forma extrema porque es un espacio cerrado, casi impenetrable.

Hipótesis de Trabajo

1. Hipótesis general

¿Los condenados por delitos femicidios, lesiones, amenazas, coacciones, incumplimiento a órdenes judiciales⁵ u otros delitos en contexto de violencia de género durante el cumplimiento de su condena en las instalaciones del Servicio Penitenciario de San Juan, ejercen violencia de género contra las mujeres que los visitan?

2. Hipótesis Disgregada

¿La violencia de género tiene su origen en la cultura, la educación, la religión, las leyes, el propio lenguaje que han mantenido a la mujer en una condición de inferioridad? ¿La violencia de género se configura, así como un mecanismo social, justificado por la tradición, mediante el cual las mujeres quedan «sometidas» a los hombres?

Objetivos

1. Objetivos generales

- Indagar sobre las principales causas de violencia de género
- Conocer la actuación de la Unidad Fiscal de Investigación CAVIG.
- Investigar la actuación de los Juzgados de Flagrancia.
- Investigar la actuación de los Tribunales ordinarios de San Juan.
- Obtener estadísticas oficiales sobre: cantidad de procesos penales abiertos donde se investiguen delitos en contexto de violencia de género, cantidad de condenas en suspenso, condenas efectivas, reincidencia.

5. Incumplimiento de una orden judicial. Artículo 239 C.P.A: Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

- Determinar el conocimiento de la estructura institucional del Servicio Penitenciario de San Juan.
- Preparar a los alumnos en los métodos y técnicas de investigación.
- Instruir a los alumnos en la técnica de la entrevista.
- Fomentar el manejo y síntesis de información.
- Impulsar la investigación oral en el trabajo de campo.
- Adiestrar a los alumnos en la práctica y visita al ámbito de los tribunales.
- Impulsar la investigación en los alumnos utilizando las fuentes de la bibliografía y jurisprudencia.

2. Objetivos Específicos

- Investigar si los condenados como autores de delitos en contexto de violencia de género reinciden en el mismo delito.
- Indagar si las mujeres que visitan internos del Servicio Penitenciario son víctima de violencia de género durante la visita, o por medios alternativos como comunicaciones telefónicas o mensajes de texto.
- Recolectar, procesar, registrar y analizar información sobre casos de violencia de género ocurridos en el Servicio Penitenciario Provincial.
- Analizar el sistema carcelario de la Provincia de San Juan.
- Conocer el sistema de visitas, así como los controles que se ejercen antes y durante los mismos.
- Analizar el cumplimiento de medidas de restricción impuestas a los autores de delitos de violencia de género.
- Conocer la modalidad de investigación de los fiscales.
- Confeccionar estadísticas generales de condenas, reincidencia, reincidencia en contexto de encierro.
- Insertar tempranamente a los alumnos en proyectos de investigación desarrollados por los profesores.

Metodología y Técnicas Aplicables

1. Metodología cuantitativa

En la primera parte de la investigación se centrará en la recolección de datos cuantificables. Reuniremos datos numéricos que puedan ser jerarquizados o categorizados a través de análisis estadístico para poder descubrir patrones y relaciones, así como a realizar generalizaciones. Nos centraremos en información oficial otorgada por los organismos judiciales encargados de perseguir este tipo de delitos para poder elaborar estadísticas de donde podamos concluir la cantidad de hechos de violencia de género, cantidad de condenados, si estas condenas son en suspenso o efectivas y cantidad de reincidentes.

2. Metodología Cualitativa

La segunda parte como investigadores intentaremos obtener un mejor entendimiento de procesos complejos, interacciones sociales o fenómenos culturales, pues recolectaremos datos de experiencias vividas, emociones y comportamientos y los significados que los individuos les proporcionan, todo por medio de:

- Entrevista a las autoridades del Poder Judicial y del Servicio Penitenciario Provincial.
- Entrevistas a mujeres que han visitado internos en el Servicio Penitenciario de San Juan.
- El estudio de jurisprudencia provincial.
- Análisis de documentos públicos referidos al tema.
- Los datos obtenidos serán considerados en los grupos de discusión entre los miembros de la investigación.

Realización y Evaluación de Actividades

La violencia de género se refiere a los actos dañinos dirigidos contra una persona o un grupo de personas en razón de su género. Tiene su origen en la desigualdad de género, el abuso de poder y la existencia de normas internacionales, nacionales y provinciales dañinas. El término se utiliza principalmente para subrayar el hecho de que las diferencias estructurales de poder basadas en el género colocan a las mujeres y niñas en situación de riesgo frente a múltiples formas de violencia. Si bien las mujeres y niñas sufren violencia de género de manera desproporcionada, los hombres y los niños también pueden ser blanco de ella. En ocasiones se emplea este término para describir la violencia dirigida contra las poblaciones LGBTQI+, al referirse a la violencia relacionada con las normas de masculinidad/feminidad o a las normas de género.

La violencia contra las mujeres y niñas abarca, con carácter no limitativo, la violencia física, sexual y psicológica que se produce en el seno de la familia o de la comunidad, así como la perpetrada o tolerada por el Estado.

La ONU establece que hay distintos tipos de violencia contra las mujeres que deben ser reguladas:

1. Violencia de género

La violencia de género se refiere a los actos dañinos dirigidos contra una persona o un grupo de personas en razón de su género. Tiene su origen en la desigualdad de género, el abuso de poder y la existencia de normas dañinas.

Y dentro de la misma encontramos:

A) Violencia económica: Consiste en lograr o intentar conseguir la dependencia financiera de otra persona, manteniendo para ello un control total sobre sus recursos financieros, impidiéndole acceder a ellos y prohibiéndole trabajar o asistir a la escuela.

B) Violencia psicológica: Consiste en provocar miedo a través de la intimidación; en amenazar con causar daño físico a una persona, su pareja o sus hijas o hijos, o con destruir sus mascotas y bienes; en someter a una persona a maltrato psicológico o en forzarla a aislarse de sus amistades, de su familia, de la escuela o del trabajo.

C) Violencia emocional: Consiste, por ejemplo, en minar la autoestima de una persona a través de críticas constantes, en infravalorar sus capacidades, insultarla o someterla a otros tipos de abuso verbal; en dañar la relación de una pareja con sus hijas o hijos; o en no permitir a la pareja ver a su familia ni a sus amistades.

D) Violencia física: Consiste en causar o intentar causar daño a una pareja golpeándola, propinándole patadas, quemándola, agarrándola, pellizcándola, empujándola, dándole bofetadas, tirándole del cabello, mordiéndole, denegándole atención médica u obligándola a consumir alcohol o drogas, así como empleando cualquier otro tipo de fuerza física contra ella. Puede incluir daños a la propiedad.

E) Violencia sexual: Conlleva obligar a una pareja a participar en un acto sexual sin su consentimiento.

UNICEF nos determina algunos de los factores, aunque no lo hace taxativamente, asociados a la violencia contra la mujer, ellos son:

- Bajo nivel de instrucción (autores de violencia sexual y víctimas de violencia sexual);
- Exposición al maltrato infantil (autores y víctimas);
- Haber presenciado escenas de violencia familiar (autores y víctimas);
- Trastorno de la personalidad antisocial (autores);
- Uso nocivo del alcohol (autores y víctimas);
- Comportamientos masculinos dañinos, como el tener múltiples parejas o actitudes de aprobación de la violencia (autores);
- Normas comunitarias que otorgan privilegios o una condición superior a los hombres y una condición inferior a las mujeres;
- Escaso acceso de la mujer a empleo remunerado;
- Bajos niveles de igualdad de género (leyes discriminatorias, etc.).

La violencia contra las mujeres, de carácter sistemático y permanente en nuestras sociedades patriarcales, ha sido reconocida como un problema que afecta la igualdad y la paz y viola los derechos humanos. La necesidad de su erradicación se ve reflejada en tratados internacionales y en legislaciones nacionales, aunque aún resultan insuficientes las políticas públicas, surgiendo una importante responsabilidad del Estado (cuestión que atañe a sus distintos poderes) en la omisión de sus deberes de prevención y sanción de las distintas formas que asume esta violencia.

1) En el ámbito internacional: La Convención de Belém do Pará, establece por primera vez el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, Organización de los Estados Americanos (OEA) (1994); La Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) (1979). Aprobado por Ley Nacional 23.179 (1985) - Organización de las Naciones Unidas (ONU), etc.

2) En el ámbito nacional: Es en este marco, que Argentina se dictó la ley 26.485 (B.O. 14/04/2009) y su Decreto Reglamentario 1011/2010 (B.O. 20/07/2010), es una ley de derechos humanos, como lo son las convenciones internacionales en que se fundamenta y en cuyo cumplimiento se dicta. Esta ley tiene por objeto promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia, las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres, la remoción de patrones socio-culturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia y la asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia; Otra de las leyes es la Ley Micaela se sostiene sobre los principios básicos que estructuran a los derechos humanos en general y de las mujeres y

personas LGTBI+, en particular: El principio de igualdad y no discriminación son sus pilares básicos. Se establece una capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación (Art.1°); además que el Instituto Nacional de las Mujeres es la autoridad encargada de aplicar esta Ley (Art. 3°). Se trata de una oportunidad, para jerarquizar la formación y ponerla al servicio del diseño de políticas públicas con perspectiva de género en clave transversal, es decir, en todo el Estado, con la ley Micaela como base.

3) En nuestra provincia es de destacar en torno a la temática en estudio, dos leyes de vital importancia que reglamentan la materia: la ley 6542 (prevención de la violencia contra la mujer) que tiene por objeto: a) Prevenir, erradicar y sancionar todo tipo de violencia contra la mujer en el ámbito provincial, b) Evitar la victimización secundaria de toda mujer que padece o sufre violencia física, psíquica y/o sexual, c) Resguardar la institución familiar como célula social básica y fundamental de toda la comunidad, en pos de una sociedad sana y justa; y la ley 989 – E. Esta ley trata acerca de la prevención y sanción de la violencia en el ámbito de las relaciones familiares, priorizando el legislador en la redacción de su artículo 1° a niños, niñas, adolescentes, mujeres, adultos mayores, personas con capacidades especiales y demás miembros de la familia en situación de vulnerabilidad no mencionada de manera taxativa. Abarca así mismo la asistencia integral de los integrantes de las familias involucradas en situaciones de violencia, resguarda la institución familiar, como célula social básica y fundamental de toda la comunidad, en pos de una sociedad sana y justa.

En función de toda esta problemática que venimos tratando, vamos a remarcar los organismos que a la actualidad se encargan de la aplicación e implementación de las respectivas leyes enumeradas anteriormente, en el marco de nuestra jurisdicción provincial. Para dar cumplimiento a los objetivos planteados al comienzo de nuestra investigación, realizamos diversas entrevistas a actores fundamentales que dirigen estos organismos públicos, entre ellos se encuentran:

Los dependientes del Poder Ejecutivo Provincial:

1) La directora de la Dirección de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Provincia de San Juan, dicha dirección depende del área de Desarrollo Humano y Promoción Social, y es la autoridad de aplicación en cuanto al abordaje integral de la violencia con motivo de género (la ley nacional de prevención contra la violencia 26.485 y la ley de identidad de género 26.743 y una ley provincial que es la 989-E de violencia intrafamiliar y la 6542 – L de prevención de la violencia contra la mujer).

La misma nos comentó que el órgano funciona de la siguiente manera: si la víctima radica la denuncia, la fiscalía activa todo el procedimiento del sistema acusatorio y obtiene rápidamente una medida de protección (exclusión de hogar, prohibición de acercamiento). En estos casos se le deriva a esta Dirección una planilla con los datos de esa víctima donde se encuentran Nombre, Apellido, número de teléfono, de qué tipo de delito fue víctima y el nombre del agresor, esta planilla nosotros la derivamos a las Áreas de Mujeres Municipales⁶ para que la persona agredida obtenga un seguimiento y se trabaje en la contención psicosocial. Si la situación de violencia no es delito la denuncia debe ser realizada en las comisarías jurisdiccionales o también en las Áreas de Mujeres Municipales que es también el lugar dónde se les llena la solicitud de protección. Esta Dirección es centro de carga de datos provinciales, es por ello que maneja estadísticas.

Anteriormente, la entidad recibía tanto causas penales como civiles pero con la implementación de CAVIG esta entidad toma toda las causas penales y no comparte la información con esta dirección, solamente envía datos de las víctimas, qué tipo de delitos sufrió, para que las áreas se contacten con ellas, pero al no estar todavía bien organizado el circuito de las comisarías jurisdiccionales no siempre recibimos toda la información. La estadística del 2021 no fue publicada porque

6. Área de la Mujeres Municipales: el objetivo principal es profundizar las acciones en la territorialidad de manera integral y transversal, implementando acciones específicas en relación al abordaje y la prevención de la violencia de género.

solamente contamos con la información cualitativa y cuantitativa de las solicitudes de protección, es decir de aquellas situaciones que no son delito.

Y también nos comentó en torno a una situación que se viene dando en los últimos años en torno a la inclusión de las Diversidades de Género en el marco de actuación de las leyes que estamos tratando. La directora remarcó que en las situaciones de los hombres que se auto-perciben mujeres estos se encuentran amparados por la ley aunque la misma no hace referencia expresa de las diversidades sexuales y es por ello que se está trabajando en su modificación y adaptación.

Otra de las cosas que remarcó es que el juzgado de ejecución penal de la provincia es el órgano encargado de que las víctimas de violencia de género no visiten a sus agresores en el S.P.P.

2) Servicio Penitenciario provincial (SPP)

Es un tipo de establecimiento de mediana seguridad para procesados y condenados; su misión es ser la fuerza de seguridad destinada a la custodia y guarda de los procesados, y a la ejecución de las sanciones penales privativas de libertad, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes. Está constituido por:

- a) La Dirección del Servicio.
- b) Los Institutos y servicios creados o a crearse, que sean indispensables para el cumplimiento de su misión.
- c) El personal de seguridad, administrativo, profesional, técnico, docente, de maestranza, servicio y análogos que se desempeñen en el mencionado servicio.

Cabe destacar que La Dirección es el organismo técnico responsable de la conducción del dicho organismo, el que tiene a su cargo todos los institutos y servicios destinados a la custodia y guarda de los procesados y a la readaptación social de los condenados a penas privativas y restrictivas de la libertad, dentro del territorio de la Provincia.

El Servicio Penitenciario Provincial depende del Poder Ejecutivo de la Provincia, por intermedio del Ministerio de Gobierno.

En torno a la entrevista que se realizó a su Director actual, el Dr. Adriel Fernández Santander, debemos resaltar lo siguiente: Cuando

una persona es privada de su libertad ingresa al S.P.P hay un procedimiento de recepción y clasificación por delitos cometidos. En el caso de lesiones agravadas por haberse cometido en el contexto de violencia de género, que suelen ser los delitos más comunes, no necesariamente están alojados en un lugar diferenciado, dado que ediliciamente no se está preparado. En torno a lo que es estrictamente violencia de género los delitos que más se observan son el de lesiones y el de desobediencia de una orden judicial, como es el caso de una perimetral, en principio no tiene problemas de convivencia con el resto de los internos y pueden ser alojados en cualquiera de los pabellones del servicio penitenciario, de esta manera se observa que los delitos contra la integridad sexual son los albergados en el pabellón 2 los únicos diferenciados y separados. El Dr. nos comentó que se observa en la práctica de manera frecuente, que la víctima visite a su agresor. cuando esta situación se detecta, se le da conocimiento inmediato a la justicia, de esta situación el S.P.P se da cuenta por la carátula de la causa y el nombre que figura en el documento de la visita al momento de ingresar. Al ser distintos los juzgados que intervienen hay veces que suelen dar aviso al S.P.P de las medidas de restricción de tal o cual persona a ingresar al S.P.P y hay otras que no, pero por lo general siempre el Servicio Penitenciario pregunta de estas situaciones; El tema se da en esas veces que entre los organismos no se comunican, suele suceder que ingresen víctimas, ya que como regla general se deja ingresar previamente a cualquier persona que cumpla con los requisitos exigidos en la requisa, es decir, presentando toda la documentación y si aprueba su ingreso, entonces en estas situaciones salvo que la justicia indique que no puede ingresar porque existe determinada restricción se la deja pasar, sobre todo cuando existe un vínculo conyugal, porque en general la normativa prevé que el cónyuge puede visitarlo.

También puede suceder y de hecho sucede que se dan situaciones de violencia durante las visitas, dentro de la institución, ahí también inmediatamente se le da aviso a la justicia, se generan ciertas intervenciones, pero ante estas situaciones lo que se debería hacer es trabajar con el victimario dado la tarea de la institución que tiene como

fin la resocialización, porque tarde o temprano se va a dar ese contacto con la víctima.

En relación a las visitas se destaca que actualmente los pabellones no tienen asignados un espacio propio para las vistas... y especialmente las conyugales, al ser el penal de construcción muy antigua y estando los guardias en sectores alejados o sea que hasta donde los sentidos pueden percibir el personal si puede realizar alguna intervención, pero lo que suele suceder en la última celda o la más alejada es de difícil control; también hay pabellones muy grandes que albergan gran cantidad de personas y suelen ser como llamados tierra de nadie porque pueden estar alojadas entre 120 personas y al ser grandes es mucho más difícil el control, si alguien pide auxilio el personal toma en 2 minutos el pabellón, en sí es de destacar que la población carcelaria del Servicio Penitenciario Provincial es muy tranquila en comparación con las del resto del país. Es dable destacar, que la persona que sufre un evento de violencia dentro del SPP al momento de la visita, es la responsable de poner en conocimiento la situación a las autoridades del SPP, de manera que aquí se abre un nuevo proceso judicial, habiendo una cuestión pericial que demostrará si se ha dado o no esta situación planteada, y que en el caso de comprobarse se considera una reincidencia delictual.

Los dependientes del Poder Judicial provincial:

1. La Unidad Conclusiva de Causas: La Unidad fue creada ante la implementación del Sistema Acusatorio Adversarial, funciona desde febrero del 2021 en el Poder Judicial de San Juan, ha sido parte de la reorganización del fuero penal, es una oficina que ha reunido las causas que tramitaban los juzgados correccionales y de instrucción que ya no están vigentes.

• En marco de esta entrevista realizada a las Coordinadoras de esta Unidad, las Dras. Valle Farrán y Emilia Varesse, se pone de resalto que los delitos más comunes en el ámbito de violencia de género son los siguientes: amenazas, lesiones, desobediencia a una orden judicial, daños e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; en torno

al control de las visitas al servicio penitenciario por parte de víctimas de delitos de violencia de género, el órgano encargado de llevar el control respecto de las medidas cautelares de protección a la víctima es antes de la condena esta unidad; luego de la condena es el Juzgado de Ejecución Penal.

2. Centro de Abordaje de violencia intrafamiliar y de género (CAVIG). Se debe destacar que es un polo multidisciplinario que brindará asistencia jurídica, sanitaria, social, psicológica para la atención, contención, seguimiento y recuperación de las víctimas de violencia intrafamiliar y de género.

- En cuanto al ámbito de su competencia es amplia, pero actúa ante la violencia intrafamiliar y de género. En lo relacionado a las medidas cautelares el encargado de notificarlas al imputado, las víctimas y las autoridades del Servicio Penitenciario Provincial; dentro del sistema acusatorio adversarial es: antes de la condena la Oficina Judicial y luego de la condena el Juzgado de Ejecución Penal. Aquí se entrevistó al Fiscal Coordinador de la Unidad Fiscal CAVIG, Dr. Roberto Ginsberg.

3. Juzgado de Ejecución Penal, este juzgado es el órgano encargado de controlar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades de la pena y de las medidas de seguridad. Al ser entrevistada la secretaria de este organismo, la Dra. María Gema Luján, y al ser consultada sobre el ingreso de un reo al SPP por violencia de género y las visitas la misma, la misma nos respondió que es el SPP quien debe tomar todos los recaudos para que no entre ninguna víctima, se establece que las visitas siendo víctimas de violencia de género por regla no pueden ingresar a visitar a su victimario, como regla general. Pero se toma conocimiento de manera indirecta que hay veces, y es una realidad, que las víctimas pueden utilizar el sistema de visitas cruzadas de modo que ingresan al SPP pero simulando ser visitas de otros internos; es algo que suele ser común pero que se evita por medio del registro de visitas. En el caso de que exista o se dé un hecho

de violencia durante la visita ahí inmediatamente es el SPP el que da conocimiento a la justicia por medio de la denuncia del hecho; no es algo que se considera común que suceda, pero alguna vez pasó esta situación. Inmediatamente toma conocimiento el juzgado le coloca una sanción disciplinaria al interno, y de ahí directamente trasladan a la persona a que haga la denuncia y demás diligencias, lo que sucede es que muchas veces hacen la denuncia pero después la desisten. En cuanto a la protección de las víctimas de estos delitos se nos recuerda que en este ámbito solo se ejerce el cumplimiento de la condena nada más... entonces todas esas medidas preventivas o preliminares las dictan en instrucción, aquí intervenimos cuando los condenados por violencia de género pueden acceder a algún beneficio que lo solicitan por acá. De este modo interviene una trabajadora social que va y hace la notificación a la víctima de que el condenado ha pedido un beneficio, no se sabe si se le va a conceder o no y se le consulta si quiere manifestar algo para que la Jueza lo tenga en cuenta antes de resolver, y si quiere recibir información sobre el proceso, se les pide un número de teléfono y se les informa por vía What´s App; aunque por lo general son reticentes a recibir esta información; el mismo procedimiento se realiza al momento en el que se está por cumplir la condena. Para evitar que los internos condenados por este delito vuelvan a reincidir se ha implementado que durante el tránsito penitenciario, se les dé, un tratamiento acorde a la conflictividad delictual; de manera que cuentan con psicólogos, trabajadores sociales, la parte de educación y de deporte, se trabaja sobre violencia de género, o sea, comprensión del otro, empatía, esto entra en lo que es el área del SPP, pero se hace una bajada de línea, que mediante determinados delitos se trabaje de determinadas formas sobre todo de acuerdo a los objetivos propuestos, después cuando salen, con libertad asistida o libertad condicional se les pone una cláusula de cumplimiento que es bajo pena de revocación, si ellos no cumplen con el tratamiento en la Dirección de Protección al Preso Liberado y Excarcelado (en adelante Patronato), que va a consistir en un taller de perspectiva de género se les revoca el beneficio si no lo realizan.

- Este juzgado visita de manera permanente el SPP, tres veces al mes, algo también que se destacó es que una sola vez tuvieron conocimiento de que un reo por medio de comunicación telefónica desde el SPP amenazó a la víctima; en este caso la misma víctima dio aviso de esta situación comunicándoselo a la trabajadora social e inmediatamente se le dio intervención al Ministerio público Fiscal.
- Las víctimas de violencia de género por lo general, y en la mayoría de los casos no suelen pedir medidas de protección al juzgado por miedo, estas medidas de restricción suelen darse en función de que la víctima denuncie hostigamiento, llamadas telefónicas, se toma en cuenta el lugar donde viven y de donde desempeñan sus actividades laborales o educativas; en caso de ser efectivas y que se impongan se informa al patronato y a la policía a través de las comisarías respectivas para que todos tengan conocimiento las mismas.
- También se remarcó en la entrevista que todo el personal del SPP cuenta actualmente con la capacitación de la Ley Micaela; Formalmente se cumple con la capacitación pero lo que se pone en duda es el hecho de que realmente sirva.
- En relación a las personas trans las mismas no cuentan con un pabellón propio para el cumplimiento de sus condenas, por lo que deben ir al pabellón de mujeres, pero, este tipo de personas si están resguardadas por la Ley de Violencia de Género.
- Es dable destacar hace un tiempo atrás las mujeres no podían ingresar a las fuerzas de seguridad, cuando tuvieron posibilidad de acceder se encuentran con el hecho de que debe haber vacantes en las cuales por lo general el 85% lo cubren varones y el 15% restante mujeres.
- Hay que nivelar la línea de largada para modificar esta situación; de esta forma se observa que hay más varones en cargos jerárquicos por una cuestión tradicional y que depende de esta situación enunciada debido a un ingreso no equilibrado; en la actualidad hay pocas fuerzas de seguridad que tiene esta paridad de género, la provincia es una de ellas.
- Dando cumplimiento a otro de los objetivos planteados se realizaron encuestas a una población de mujeres que realiza visitas al SPP de manera periódica.

MUJERES- Los totales corresponden a Solicitudes de Protección, 102, Oficios Judiciales y Causas Penales UFI-CAVIG, son valores estimativos, en cuanto vamos recibiendo la información de cada Area Mujer Municipal y las Comisarias-Año 2022								
MESES	SOLICITUDES DE PORTECCION			102	OFICIOS JUDICIALES	OFICIOS DIRECCION	CAUSAS PENALES	TOTAL ANUAL 2022
	DIRECCION MUJER	DIRECCION MUJER CAVIG	UFI- CAVIG					
ENERO	80	169	6	142	8	214	619	
FEBRERO	110	171	5	160	9	135	590	
MARZO	147	205	5	177	9	360	903	
ABRIL	81	185	6	173	3	219	667	
MAYO	56	163	1	177	5	179	581	
JUNIO	101	146	6	112	5	164	534	
JULIO	68	180	7	141	8	254	658	
AGOSTO	113	181	1	174	11	174	654	
SEPTIEMBRE	85	204	3	139	2	252	685	
OCTUBRE	119	177	10	144	6	255	711	
NOVIEMBRE								
DICIEMBRE								
TOTAL	960	1781	50	1539	66	2206	6602	

· En cuanto a las estadísticas que pudimos obtener, es dable destacar que nos fue de muy difícil acceso estadísticas actualizadas de la cantidad de procesos penales abiertos donde se investiguen delitos en contexto de violencia de género, cantidad de condenas en suspenso, condenas efectivas, reincidencia., solo pudimos obtener una estadística otorgada por la Dirección de la Mujer en la que figuran las solicitudes de protección y causas penales abiertas aproximadas, solicitadas por mujeres al año 2022, discriminadas por meses, en los diferentes organismos provinciales de justicia.

Principales Resultados de la Investigación

Con todos y cada uno de estos avances hemos logrado dar cumplimiento a la gran mayoría de los objetivos planteados al inicio de nuestra investigación, pudiendo obtener algunos resultados que explayaremos a continuación, y que nos sirven para dar respuesta a las hipótesis planteadas al comenzar el mismo.

En cuanto a la Hipótesis General de si la violencia de género tiene su origen en la cultura, la educación, la religión, las leyes, el propio

lenguaje que han mantenido a la mujer en una condición de inferioridad, ¿la violencia de género se configura, así como un mecanismo social, justificado por la tradición, mediante el cual las mujeres quedan «sometidas» a los hombres? La respuesta a la que arribamos después de haber leído numerosas obras en la materia es que la expresión género alude a características, roles, jerarquías, actitudes, valores, y símbolos que cada cultura atribuye e impone a cada sexo como su deber ser. La expresión género es una construcción social que varía con el tiempo. Está probado que en la sociedad la jerarquización se hizo y se hace a favor de los varones. Es más, en la mayoría de las culturas conocidas, las mujeres se consideran de alguna manera, inferiores a los hombres. La subordinación femenina, que involucra los ámbitos de la sexualidad, la afectividad, la economía y la política en todas las sociedades, muestra un fenómeno muy profundo, e históricamente enraizado, algo que no se puede erradicar con un simple reacomodo de algunos roles en lo sexual o social, ni siquiera con reorganizar por completo las estructuras económicas y políticas, teniendo en cuenta que instituciones como la familia, el Estado, la educación, las religiones y las ciencias han servido para mantener y reproducir el estatus inferior de las mujeres. Esto lo hemos podido ver reflejado en la estructura jerárquica del S.P.P en el cual muy pocas mujeres ocupan cargos jerárquicos, en la actualidad debemos subrayar que solo una mujer ocupa y ejerce un cargo de este tipo, ya que hace un tiempo atrás las mujeres no podían ingresar a las fuerzas de seguridad, cuando tuvieron posibilidad de acceder se encuentran con el hecho de que hay pocas vacantes para ellas, ya que el 85% de las mimas las cubren varones, y el 15% restante son para mujeres.

Siguiendo en la misma dirección, podemos dar respuesta a nuestra hipótesis disgregada de si La violencia de género tiene su origen en la cultura, la educación, la religión, las leyes, el propio lenguaje que han mantenido a la mujer en una condición de inferioridad, ¿la violencia de género se configura, así como un mecanismo social, justificado por la tradición, mediante el cual las mujeres quedan «sometidas» a los hombres? La respuesta es afirmativa, ya que en su mayoría, las formas

de violencia contra las mujeres han tenido bases en aquellas diferencias socioculturales adjudicadas. En este sentido, el Estado debe cumplir un rol esencial para garantizar la igualdad real entre los distintos géneros. En Argentina, se puede observar que se han sancionado distintas leyes, las cuales han sido mencionadas anteriormente en el presente trabajo.

De las entrevistas realizadas pudimos visualizar que en torno al establecimiento carcelario no hay un lugar propio para efectivizar las visitas a los reclusos. También se destaca que es la víctima que sufre violencia dentro de la institución la encargada de denunciar el suceso a las autoridades del SPP, y que sin más rodeos se considera como regla general que la visita al SPP la pueden realizar víctimas de delitos de violencia de género siempre y cuando no tengan una medida de restricción en cuanto a dichas visitas.

En cuanto a las encuestas realizadas a un sector de la población que visita semanalmente a los reos hemos podido observar que la totalidad del grupo encuestado en un 100% eran mujeres ya sea en calidad de cónyuges o de madres. Los resultados arrojados mostraron una cierta reticencia a ser encuestadas y a manifestar de manera libre su opinión ya que es un tema para ellas delicado, por lo cual no pudimos saber hasta qué punto las encuestas son fidedignas de la realidad que ellas atraviesan. Lo que si pudimos denotar es que solo un 25% de dicha población encuestada aseguran conocer a alguna persona que ha sufrido violencia o maltrato al momento de realizar una visita a algún interno y casi el 100% de dicho grupo sí realizaría la denuncia en caso de que esto les suceda o les ocurra a ellas.

Otro de los resultados obtenidos de las encuestas es que la mayoría de las mujeres encuestadas desconoce la existencia y el funcionamiento de órganos tales como CAVIG, la Dirección de la Mujer, y las diversas Unidades Fiscales.

Conclusión

De los resultados arrojados por la investigación realizada podemos destacar la siguiente conclusión:

Se comprueba que las víctimas de violencia de género visitan a sus agresores, sin un mayor control por parte del organismo encargado de realizarlo; debido a que como regla general no se puede excluirle la visita al reo si la misma no tiene una medida cautelar que la ampare, la cual debe ser pedida antes por la misma víctima que en muchas de las ocasiones no la solicita por temor a las represalias de su agresor al cual está generalmente vinculada emocional y económicamente, de igual manera, sea porque la estructura edilicia es muy antigua y tiene pabellones enormes y es imposibles de realizar un control exhaustivo en ese preciso momento, dependiendo de la víctima si realiza la denuncia correspondiente o si es percibida por alguno de los penitenciarios, pocas hasta el momento son las situaciones de violencia en ocasión de la visita que llegan a ser conocidas.

Esto muestra o delata que se debe seguir trabajando para mejorar el conocimiento y el fomento aún más la perspectiva de género, para que se cumpla con los fines de proporcionar la protección adecuada a las víctimas por parte del Estado.

Bibliografía

- Ley Nacional 27.499 (2019) *Ley de Capacitación Obligatoria en Género y Violencia Contra las Mujeres para Todas las Personas que Integran los Tres Poderes del Estado - "Ley Micaela"*.
- Ley Nacional 11.179 (1984) *Código Penal Argentino*.
- Ley Nacional 24.430 (1994) *Constitución de la Nación Argentina*.
- Ley Nacional 24.632 (1996) *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará"*.
- Ley Nacional 257-R (2014). *Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Provincial de San Juan*.
- Ley Nacional 26.485 (2009) *Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales*.
- Ley Provincial 1854 O (2018) *Adhesión de la provincia de San Juan a los arts. 19 al 32 y 34 al 40, de la Ley Nacional N° 26.485 relativa a la Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales*.
- Ley Provincial N° 1317 S (2015) *Ley de Fortalecimiento de la aplicación en la Provincia de San Juan de la Ley Nacional N.º 26.485, de "Protección integral de la violencia contra las mujeres"*.
- Ley provincial 6542 (1994). *Ley de Prevención de violencia contra la mujer en San Juan*.
- Bacigalupo E. (2020) *Derecho Penal Parte General*. 2da Edición. Buenos Aires, Ed. Hammurabi.
- BINDER, A. M. (2000) *Introducción al derecho procesal penal*. 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc.
- Buompadre J. E. (2021) *Derecho Penal Parte Especial*. 2da Edición. Buenos Aires, Ed. Contexto.
- Complementaria con la ley provincial 989-E. *Ley de Protección contra la violencia intrafamiliar y relaciones interpersonales habiendo o no mediado convivencia, que prioriza niños, niñas y adolescentes, mujeres, adultos mayores, personas con capacidades especiales y demás miembros*.

- Fandiño Barros Y. (12 de enero de 2013). La Violencia de Género y el Pensamiento Patriarcal n°21. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/view/3551>
- Felini Z. & Morales de Ganut C. p.52 (2019) Violencia contra las mujeres. 2da Edición. Ed. Hammurabi
- Informe Servicio Penitenciario Provincial de San Juan 2020 (SNEEP202). Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/10/sneepsanjuan2020_0.pdf
- JAUCHEN E., (2015) *Proceso Penal, Sistema Acusatorio Adversarial*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- MAIER, J. (1992) “*La víctima y el sistema penal*” en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc.
- MAIER, J. B. (2016) *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc.
- OMS, Ginebra (2018). Estimaciones mundiales, regionales y nacionales de la prevalencia de la violencia de pareja contra la mujer y estimaciones mundiales y regionales de la prevalencia de la violencia sexual sufrida por la mujer por alguien que no es su pareja. Violence against women Prevalence Estimates.
- REGLAS DE BRASILIA sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.
- RIEGO, C. (2014) “*La expansión de las facultades de la víctima en la reforma procesal penal y con posterioridad a ella*”, *Política Criminal*, Volumen 9, número 18., Buenos Aires.
- SALVIOLI, F. (1997), “*Derechos, acceso y rol de las víctimas*”, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, San José de Costa Rica*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- SOLIMINE, M. (2015), *Bases del nuevo código procesal penal de la nación. Ley 27.063*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc.
- VÁZQUEZ ROSSI, J. E. (1995). *Derecho Procesal Penal: La realización penal. Tomo I*. Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni.
- Zaffaroni E. (2006) *Derecho Penal Parte General*. 2da Edición. Buenos Aires. Ed. Ediar.

Abreviaturas

B.O: Boletín Oficial.

CAVIG: Centro de Abordaje de Violencia Intrafamiliar y de Género.

CEDAW: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

CPA: Código Penal Argentino.

DDHH: Derechos Humanos.

LGBTQI+: Lesbiana, Gay, Bisexual, Transgénero, Transexual, Travesti, Intersexual y Queer; y el signo + sirve para incluir todos los colectivos que no están representados en las siglas anteriores.

NN.UU. ONU: Organización de Naciones Unidas.

OEA: Organización de los Estados Americanos.

S.P.P: Servicio Penitenciario Provincial.

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

**LA FIGURA DE AMENAZAS COMO FACTOR DE CRIMINALIDAD
Y DE PERTURBACIÓN DE LA CONVIVENCIA SOCIAL EN LA
PROVINCIA DE SAN JUAN: ¿DELITO O CONTRAVENCIÓN?**

Director: Sergio Omar Herrero

Integrantes: María Ximena Rodríguez y Viviana Conturso

Alumnos: Maira Becerra, Guadalupe Haro y Florencia Martin

San Juan

Año 2023

Índice

Introducción	97
Métodos	101
Discusión	102
Capítulo 1	102
Capítulo 2	120
Capítulo 3	133
Resultados	140
Conclusión	141
Bibliografía	147

Introducción

En la provincia de San Juan, la Justicia Penal Ordinaria actúa para juzgar y sancionar a quienes sean encontrados culpables del delito de amenazas (art. 149 bis) y coacciones (art. 149 bis, último párrafo) regulados en el Código Penal de la República Argentina, con penas privativas de libertad que van de los seis (6) meses y que pueden llegar hasta los diez (10) años de prisión o reclusión, aplicándose para su juzgamiento, a partir del mes de Febrero de 2021, el nuevo sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial, regulado en la ley 1851 –O, cambios que se propiciaron en pos de dotar de mayor eficacia a la persecución penal, a través de la clarificación de los roles de los diferentes órganos que intervienen en el proceso (principalmente, mediante la tajante diferenciación de los roles de investigación y acusación correspondientes al Ministerio Público Fiscal y, por otro lado, las funciones estrictamente jurisdiccionales propias de los jueces), la extensión de los principios de oralidad, inmediatez y contradicción al resto de las etapas del procedimiento, la promoción de la intervención de la víctima del delito, la revalorización del juicio como instancia central para la resolución de los conflictos y la procuración de la participación ciudadana en la administración de la justicia, mediante el establecimiento del juicio por jurados, entre otros rasgos distintivos de los procesos reformistas a nivel local.

Por otro lado, el Código de Faltas de la Provincia de San Juan Ley 941-R, regula en su art. 109 la contravención contra la Tranquilidad y el Orden Público llamada hostigamiento, maltrato, y amenazas, sancionando a sus infractores, principalmente, con penas pecuniarias, y cuya redacción, a priori, resulta confusa al referir a conductas de “intimidación o amenaza”, por lo que dicha figura necesita una mayor precisión desde la propia técnica legislativa, asemejándose, por tanto, a las figuras delictivas penales antes referidas.

En función de ello, el ámbito de aplicación de los delitos y las faltas respecto a las amenazas, no queda claramente establecido mediante parámetros objetivos, cuantitativos y cualitativos, que permitan la

aplicación clara y certera de una u otra figura, teniendo en cuenta, además, que son de ámbitos de competencia distinta y que las sanciones a aplicar son muy diferentes en cada caso.

Por tanto, la redacción del artículo 109 del Código de Faltas de San Juan describiendo las conductas típicas con un cierto grado de indeterminación, la propia sistemática de las contravenciones en la regulación de la provincia de San Juan, la relación entre estas y los delitos de amenazas y coacciones previstas en el Código Penal argentino y las actuales facultades que tiene el Ministerio Público Fiscal al realizar valoración inicial de una denuncia penal (mediante la posibilidad de desestimación de la instancia por inexistencia de delito; archivo; aplicación de un criterio de oportunidad o disponibilidad; iniciar la investigación previa a la formalización de la investigación penal preparatoria; formalización de la investigación penal preparatoria, o la aplicación de alguno de los procedimientos especiales previstos en este Código), generan un interesante ámbito para un análisis de dogmática jurídico-penal que exceda la mera interpretación literal de los tipos, recordando además, que los principios, garantías y las reglas de imputación del Derecho Penal clásico gozan de plena vigencia en el ámbito de las contravenciones.

Es que, los sistemas causalista, neokantiano y finalista del Derecho Penal han sostenido, difusamente, que los hechos o conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones, sugiriéndose veladamente que los principios de la dogmática penal son aplicables a las contravenciones, ya que al fin y al cabo, ambas son infracciones a la ley del Estado, a las que les corresponde una reacción del *ius puniendi*, aunque sí existen diferencias cuantitativas en relación con las sanciones que se imponen en una y otra, y sobre todo con la competencia y el procedimiento aplicable a ellas, que le dan un perfil dogmático distinto, que debemos examinar en cada una de ellas, para llevarlas a la discusión y controversia¹. Así, la dogmática jurídico-penal también ha

1. Torres Rico, R., (2008). Delitos y contravenciones como factores de criminalidad

trabajado para proponer teorías que clarifiquen y estabilicen la aplicación del Derecho material y contravencional, y fundamentalmente, para limitar la arbitrariedad judicial.

En este marco, la expresión amenazas aparece en distintos ámbitos y con diferentes fines en la estructura de la parte especial del Código Penal, como medio coactivo en algunos delitos, como por ejemplo en los delitos contra la integridad sexual en el art. 119 o en el delito de extorsión del art. 168 del Código Penal. En lo que aquí interesa, en el contexto de los delitos contra la libertad individual se tipifica la amenaza como acción en sí misma o como medio coactivo en el caso de las amenazas coactivas, está regulada en el art. 149 bis del Código Penal el cual establece que: *“Será reprimido con prisión o reclusión de seis (6) meses a dos (2) años el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión, si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas. Será reprimido con prisión o reclusión de dos (2) a cuatro (4) años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad”*.

Por su parte, el art. 149 ter establece agravantes del artículo anterior en los siguientes términos: *“En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será: 1. De tres a seis años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas; 2. De cinco a diez años de prisión o reclusión en los siguientes casos: a) Si las amenazas tuvieran como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos; b) Si las amenazas tuvieran como propósito el de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo”*.

En el ámbito contravencional, en el caso de la provincia de San Juan, están tipificadas las amenazas en el artículo 109 del Código de Faltas de San Juan (Ley 941-R), en los siguientes términos: *“ARTÍCULO 109 - Hostigamiento - maltrato - amenazas - golpes. El que hostigue, cometa*

vejaciones, maltrate física, psicológica o verbalmente, golpee, intimide, amenace o ejerza sobre otra persona violencia física o psicológica, siempre que no cause lesiones, será sancionado, conjunta o alternativamente, con pena de multa de cincuenta jus (50J) a trescientos jus (300J), prohibición de concurrencia, trabajos de utilidad pública o arresto de hasta treinta (30) días”.

Ahora bien, en el ámbito de la práctica, de la realidad cotidiana, resulta muy difícil poder determinar con parámetros objetivos, serios y precisos, cuando las amenazas son de competencia de la justicia penal ordinaria, y por ende la repuesta punitiva más gravosa de Código Penal con sanciones que pueden llegar hasta los diez años de prisión; o bien cuando las amenazas son de competencia contravencional, siendo que las sanciones, como dijimos anteriormente, son penas pecuniarias.

Aunque están relacionados entre sí, contravenciones y delito son fenómenos distintos en la medida en que no todas las expresiones de amenazas constituyen un delito, pero diversas manifestaciones de violencia pueden presentarse como conductas previas a la consumación de determinados delitos.

Una legislación procesal que pretenda recuperar el principio de subsidiariedad del Derecho Penal (última ratio del control social) y atienda primordialmente a las posibilidades de que el conflicto tenga carriles de resolución socialmente más razonables (y también menos costosos) que la aplicación de la violencia estatal, deberá ser especialmente sensible a las particularidades en que se desarrolló el específico actuar humano tenido en mira, pues serán estas las que señalen las condiciones para su tratamiento.

Siendo que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, y la contravención una infracción a la norma de menor gravedad que el delito, en el presente trabajo nos avocamos al estudio del concepto de amenazas como conducta delictiva (regulada en el art. 149 bis y ter del Código Penal Argentino) que requiere la intervención de la Justicia Penal Ordinaria de la provincia de San Juan, aplicándose el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio, como, asimismo, abordamos el concepto de amenazas y hostigamiento, como formas de comisión de

hechos que son juzgados por la Justicia de Faltas de San Juan, siendo necesario postular criterios de distinción ontológica entre delitos y contravenciones en la medida en que la forma federal de Estado adoptada por nuestro país confiere competencia legislativa federal o local según se trate de legislar en materia de delitos o de contravenciones.

Métodos

Esta investigación en su primera parte, se ajustó a los pasos del Método de Investigación Dogmático, utilizando el análisis y estudio crítico en la valoración de las fuentes a fin de encontrar en ellas conceptos que nos permitan distinguir entre las figuras delictivas y contravencionales en estudio.

La segunda y tercera parte de este trabajo se centró en la enseñanza y adiestramiento de los estudiantes en los métodos y técnicas de investigación.

Para el manejo de la información que se obtuvo, se utilizó la técnica cualitativa y cuantitativa, de la siguiente manera:

- a) En cuanto a la técnica cualitativa para:
 - Entrevista a los Jueces, Fiscales y Ayudantes Fiscales, del Fuero Penal, y a Jueces y auxiliares de los Juzgados de Faltas de San Juan.
 - El estudio de jurisprudencia provincial de la justicia ordinaria y contravencional.
 - Análisis de documentos públicos referidos al tema.
 - Los datos obtenidos fueron considerados en los grupos de discusión entre los miembros de la investigación.
- b) La técnica cuantitativa se utilizó para el recuento de los casos sentenciados, archivados, y desestimados, desde la implementación del sistema penal acusatorio adversarial hasta el momento que se concluya el proceso de recopilación de datos, respecto a la aplicación del delito de amenazas y coacciones en el Poder Judicial de San Juan; como así también, se utilizará la técnica cuantitativa para el recuento de casos resueltos por los Juzgados de Faltas de San Juan respecto a la figura de la art. 109 del Código de Faltas local.

Discusión

Capítulo 1

En la búsqueda de la información respecto a lo que debe entenderse por falta o contravención para diferenciarlo del delito, arrojaron los siguientes resultados:

En primer lugar, pensamos que caben algunas preguntas fundamentales. ¿Qué es delito? ¿Qué es una contravención? ¿Cuál o cuáles son las razones para llevar a una u otra categoría los hechos humanos? En otras palabras ¿Qué bienes o intereses son los protegidos por el delito, y cuales por la contravención? En su caso, ¿Hay diferencia entre el delito y la contravención? ¿De qué tipo es esa diferencia, si es que la hay?

El género conducta punible regulado por la ley penal se divide en dos especies: delitos y contravenciones penales, que son los actos generadores de criminalidad y delincuencia. Estas conductas, reprochables penalmente, se combaten con la norma penal en sentido abstracto y la pena, en sentido concreto. Ahora bien, la pena tiene carácter preventivo, retributivo, de reinserción social y de protección al condenado.

Siguiendo a Laje Anaya, adelantarnos decir que el tema es delicado y complejo y que no es reciente². Por el contrario, ha sido y es discutido por los autores y podemos decir que aún hoy, no hay pacificación en la doctrina sobre el particular. Con esta advertencia, trataremos de exponer las principales teorías más destacadas, para luego tomar posición por la que creemos, es la que debe privar sobre las demás.

Por un lado, está la posición de Sebastián Soler quien ubica la discusión en el marco de la clasificación de los delitos por su gravedad y

2. Laje Anaya, J. (1964). Delitos y Contravenciones. En Ignacio Winizky (Ed). *Lecciones y Ensayos N° 28*, pág. 33. Universidad de Buenos Aires, Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/28/delitos-y-contravenciones.pdf>.

alude a los sistemas de tripartición (crímenes, delitos y contravenciones), y de bipartición (delitos y contravenciones), al que corresponde el Código Penal argentino. Las contravenciones son, para los que piensan de esta manera, pequeños delitos, y el derecho referente a ellas, lo consideran un derecho penal de “bagatelas”. La mayoría de los autores niegan que el delito y la falta tengan distinta naturaleza y solo admiten una diferencia formal y externa de los hechos en sí. Entre el delito y la contravención, solo existiría una diferencia de grado³.

Resalta también que la importancia de tales diferenciaciones en orden a las penas conminadas provocó que se intentara encontrar un criterio intrínseco para fundamentar la distinción.

Sebastián Soler descarta toda distinción ontológica entre delitos y contravenciones, y sostiene que la contravención reproduce o puede reproducir todas las cualidades que se atribuyen a los delitos, con lo que la diferencia es meramente cuantitativa, desplazando el ámbito de la discusión al tópico que a su criterio es el más espinoso y relevante, a saber, la distribución de facultades y competencias para legislar sobre la materia entre el Estado y las provincias en el marco de la forma federal de Estado adoptada en la Constitución Nacional. (conf. arts. 1º, 5, 75 incs. 12 y 13, 121, 122, 123 y 126 de la C.N.)⁴.

La otra doctrina, representada por la Escuela Toscana y por Ricardo C. Núñez entre nosotros, advierte que entre delito y contravención existe una diferencia sustancial y no simplemente de grado. La distinción para esta tesis tiene un carácter ontológico. La misma apunta a la esencia de los entes y no solamente a la mayor o menor gravedad de la pena impuesta por el legislador⁵.

No se puede negar que la vida práctica nos permite advertir tonalidades diferentes en el delito y la contravención. Al delito y al delincuente les tememos. Les tememos porque nos pueden dañar de

3. Soler, S. (1988). *Derecho Penal Argentino, Tomo I. Ed. Tea, Edición actualizada por Guillermo Fierro*, pág. 292.

4. Soler, S, ob. cit., pág. 294.

5. Núñez, R. (2009). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Ed. Marcos Lerner, pág. 44.

inmediato en nuestro círculo de derechos individuales o sociales. Con la contravención, cuando se tiene la intención de no confundir los campos, nos pasa psicológicamente otra cosa: ella y el contraventor nos molestan. Nos molesta el borracho escandaloso, la casa de juego abierta al público sin contralor de ninguna naturaleza, el mendigo exigente y, a los que tenemos un concepto razonable de la vida, nos molesta el curandero. Pero no solo de la observación práctica se llega a establecer la diferencia sustancial entre el delito y la contravención. Esta es solo una observación que nos suministra la psicología, individual o social. Para el jurista debe existir otra razón que lo lleve a demostrar la existencia de la diversa naturaleza entre estos dos entes. ¿Cuál es entonces el punto de partida en esta cuestión?

James Goldschmidt, que sigue a la escuela Toscana, advierte que el delito es una violación de la seguridad de nuestros derechos. A la contravención la liga al campo del derecho administrativo. La contravención tiene para Goldschmidt carácter administrativo, porque viola el interés que la administración tiene en que todos los gobernados cooperen con ella en su tarea de protegerlos y ayudarlos para que se desenvuelvan prácticamente en sus derechos en un ambiente de prosperidad o bienestar social.

No puede ser delito un hecho que no presenta una agresión al derecho ajeno. Para que el autor de un hecho doloso o culposo se le pueda reprochar haber violado maligna o imprudentemente la ley, se requiere que el derecho de alguien, por causa de ese hecho, sufra un daño o un peligro real. Si el peligro es simplemente temido o esperado no se podrá decir que haya sido atacada la seguridad de los derechos y el hecho deberá quedar en el campo de los actos preparatorios del delito, aunque, por otro lado, pueda penetrar en el ámbito de las contravenciones a la actividad preservadora o policial de la administración.

Nuestra seguridad jurídica comienza y termina en el ámbito de nuestros derechos individuales y sociales, los cuales representan la única forma de proyección social que tenemos nosotros en el campo jurídico. Donde no hay un derecho, no hay un interés penalmente protegido. El Derecho Penal que protege con sus sanciones otra cosa que

nuestros derechos, es injusto porque carece de sustancia jurídica real y causa alarma sin beneficio alguno para los gobernados.

La contravención es algo distinto. Mira hacia la administración como sujeto interesado en que los derechos individuales y sociales se realicen en orden, seguridad, salubridad, cultura, decoro, etc., y se mueve en consecuencia en el ámbito de la vida social jurídica de cada localidad, y se emplea a las características de ella en cada tiempo y lugar. La acción contravencional se desenvuelve, refiriéndonos a la protección de la propiedad, actuando: a) sobre posibles delincuentes (malvivientes, vagos sospechosos, etc.); b) sobre los medios o instrumentos delictivos: fabricación o posesión injustificada de instrumentos o medios delictivos; y c) sobre las causas incitadoras de la delincuencia: omisión de los medios de contralor en las casa de compra venta y empeño de objetos.

La protección a través de los delitos es una función penal, la que se opera por medio de los contravenciones es una función de buen gobierno. La función de buen gobierno puede estar determinada por la utilidad o por la necesidad. Ella sanciona a veces hechos inocentes. La función penal presupone siempre una intención reprochable. Vale decir, un hecho que sea moralmente imputable a su autor a título de dolo o culpa. Se castiga al infractor por su intención malvada. En la transgresión se buscará inútilmente el dolo o la perversidad de la intención: lo mismo en lo que respecta al grado de imprudencia. Basta el hecho para que el sujeto se haga pasible de la Pena.

La punibilidad de las contravenciones se apoya jurídicamente de manera exclusiva en el punto de vista objetivo de la oposición a la acción a la regularidad estatal de la actividad administrativa del más distinto orden⁶.

Con las nuevas orientaciones dogmáticas propuestas por el funcionalismo penal, a partir de las cuales, el contenido de los elementos

6. Maier, Julio B.J. (2011). *El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionatorio*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28017-derecho-contravencionalderecho-administrativo-sancionatorio>

de la teoría del delito depende de los fines y funciones que cumpla el Derecho, consistentes en garantizar la identidad de una sociedad. Se trata de conceptos normativos edificados con total independencia de la naturaleza de las cosas, se rompe con la tradición finalista, asegurándose modernamente que las categorías dogmáticas no pueden elaborarse con fundamento en estructuras lógico-objetivas u ontológicas, sino en razón de la función que cumple el derecho penal en relación con la sociedad⁷.

Aquí se construye toda una dogmática jurídico-penal, que guía al funcionario judicial en la persecución de la delincuencia organizada. La medida correctiva de la contravención de policía, en cambio, no persigue la estabilización de la norma lesionada, a la manera de Jakobs, para el Derecho Penal y una de las razones por las cuales no se da esa finalidad es que las contravenciones deben castigarse con sanciones no criminales o no penales⁸, como lo afirma de manera clara Roxin, lo cual aleja, por lo menos en este aspecto, la dogmática penal de la dogmática policial. El fin de la medida correctiva, en este sentido positivo, es la educación y formación del ciudadano en la vida en comunidad⁹.

Esta diferenciación dogmática, entre el Derecho Penal y el Derecho Contravencional, hace que mientras el primero trabaja con la pena, como instrumento de control social, el segundo lo hace con la coacción administrativa de policía, para buscar el cumplimiento de los deberes de policía, dentro de una reglada convivencia social. Este mecanismo de control social impuesto desde el derecho policial, tiene su fundamento en el Derecho Administrativo sancionador y nunca en el Derecho Penal¹⁰.

7. Torres Rico, R, ob. cit. pág. 97.

8. Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.*, Ed. Marcial Pons., pág. 65.

9. Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Editorial Civitas. S. A., pág. 53.

10. Torres Rico, R, ob. cit. pág. 97.

Estamos en condiciones aquí de llegar a algunas conclusiones. Las mismas son:

- 1') La existencia de dos entes que son: El delito y la contravención.
- 2') Que existe una diferencia entre el delito y la contravención.
- 3') Que esa diferencia es sustancial, y no simplemente de grado.

Ahora bien, nuestro Código Penal solo se ocupa de los delitos. Pero el Congreso puede calificar como delito cualquier hecho siempre que considere que existe un interés general o nacional para castigarlo como tal.

Como se advierte, aún hoy no existe, un criterio preciso que permita la diferenciación entre el delito y la contravención, trayendo aparejada como lógica consecuencia, una invasión constante en los campos legislativos Nacional y Provincial.

El problema se presenta en aquellos que, como el nuestro, tienen régimen federal, ya que el asunto es de una importancia fundamental por dos razones: asegurar el normal funcionamiento del sistema mismo y lograr una verdadera autonomía de las provincias entre si y en función del gobierno nacional.

¿Qué ha pasado en nuestro país? La respuesta es clara. Siempre, por uno u otro motivo se le ha desconocido a las provincias la propia facultad de legislar sobre contravenciones. Ese desacierto que a veces se ha manifestado en proyectos, leyes o jurisprudencia, ha traído como lógica consecuencia, que las provincias, a su vez, legislaran sobre materias que, por expresa delegación constitucional son atribución del Congreso. Vale decir, que en este estado de cosas, el problema en vez de simplificarse, se complica aún más, porque la realidad es la siguiente: El Congreso Nacional legisla sobre los delitos y sobre las contravenciones y a su vez, las provincias siguen el mismo sistema. Es decir, promulgan o sancionan leyes sobre delitos y sobre las contravenciones. Esta afirmación, que a primera vista parece imposible, no tarda en ser una verdadera realidad si consideramos que en la práctica legislativa, la facultad provincial queda reducida a una facultad remanente, residual, que recibe lo que el Congreso deja a su disposición, al no haber elevado a la categoría de delitos los hechos sobre los cuales

se ejerce la facultad provincial. El Congreso tiene sobre esa facultad, con arreglo a esa idea, un poder absoluto de gobierno. De él depende lo que en definitiva puede ser una contravención.

Pero la tesis también produce un efecto opuesto; conduce en definitiva, a lesionar los propios fueros del Congreso en materia delictiva; y este ha sido uno de sus efectos prácticos en nuestra legislación. Basta que el Congreso no califique un hecho como delito, para que las provincias puedan castigarlo como contravención.

Por eso decimos que el problema es doble: Si el Congreso ha legislado y elevado a la categoría de delitos, hechos que por esencia son contravenciones, las provincias, a su vez han tomado hechos y lo han calificado como contravenciones, cuando esos hechos deben quedar, por naturaleza, reservados al tratamiento que el Congreso les dé. Siguiendo en este análisis, también se llega a otra conclusión más grave que es, la prohibición de llenar vacíos de libertad dejados por el Código Penal.

Y esto es lo que precisamente se ha hecho en nuestro país. Las provincias reprimen hechos no regulados por el Congreso de la Nación, siendo por lo tanto desconocida la garantía constitucional del art. 19 que establece que todo aquello que no está prohibido está permitido.

Pero no solo en los Códigos de Faltas provinciales encontramos hechos que no pueden ser previstos como contravenciones. El propio Código Penal prevé como delito, un hecho que por naturaleza es una contravención. La invasión de los poderes provinciales se pone de manifiesto en el art. 208 que castiga el ejercicio ilegal de la medicina. Este es un hecho típicamente contravencional que arbitrariamente ha sido elevado a la categoría de delito por el legislador Nacional.

Es necesario, realizar un esfuerzo para rectificar los errores legislativos-jurisprudenciales que se han cometido en nuestro país. Para ello, habrá que comenzar por tener en cuenta, por sobre todas las cosas, la diferencia sustancial que existe entre el delito y la contravención. Una vez lograda esta idea, será menester ajustarse estrictamente a las disposiciones constitucionales sobre delegación de facultades por parte de las provincias al Gobierno Federal y el respeto por parte

de este a las autonomías provinciales, o sea a las provincias mismas que forman la Nación.

En conclusión, es necesario postular criterios de distinción ontológica entre delitos y contravenciones en la medida en que la forma federal de Estado adoptada por nuestro país confiere competencia legislativa federal o local (comprensiva de la provincial, Ciudad Autónoma de Buenos o municipal) según se trate de legislar en materia de delitos o de contravenciones¹¹.

Ahora bien, respecto a las figuras penales de amenazas y coacciones en el Código Penal Argentino, la investigación arrojó el siguiente resultado:

El Art. 149 bis del Código Penal argentino establece: *“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.*

Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad”.

Enseña Alejandro Tazza que la verdadera índole del delito de amenaza es que debe ser considerado entre las incriminaciones que atentan contra la libertad personal. El criterio que la hace políticamente imputable surge de la influencia que esta ejerce sobre el ánimo de la persona amenazada, porque el temor despertado por ella obra de tal suerte que hace que se sienta menos libre y se abstenga de muchas cosas que sin el temor habría realizado tranquilamente, o realice otras que sin él no habría ejecutado¹².

Gustavo Aboso señala que los comportamientos delictivos regulados por el art. 149 bis del Código Penal menoscaban la libertad de organización de la persona, ya que el autor amenaza con el propósito de

11. Laje Anaya, J., ob. cit. pág. 43-44.

12. Tazza, A. (2018). *Código Penal de la Nación Argentina Comentado, Parte Especial, Segunda Edición Actualizada, Tomo II*. Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 679-680.

coartar o restringir el marco de posibilidades de ejecución de acciones futuras por parte de la víctima¹³.

Nuestra doctrina nacional ha considerado que el bien jurídico tutelado es la libertad individual, pero en el caso concreto se relaciona con la libertad psíquica de la persona¹⁴.

Otros autores reconocen que la libertad de organización de la persona constituye el núcleo de dicho objeto de tutela, pero agregan el sentimiento de tranquilidad al que tiene derecho todo individuo en el marco de la plena vigencia de un Estado de Derecho¹⁵.

Podemos comenzar diciendo que de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española amenazar, en su primera acepción, significa “*dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro*” (22ª ed. Espasa Calpe); es decir, comprende a toda manifestación del sujeto activo de ocasionar un mal o un daño futuro sobre la persona o bienes del sujeto pasivo, o sobre los de un tercero, que pueda influir sobre la víctima.

La amenaza, entonces, contiene el anuncio de un daño, toda vez que se trata de una lesión o detrimento de un bien o interés de una persona, dependiente de la voluntad de quien lo expresa; debe ser futuro, ya que solo de ese modo puede constituir un peligro potencial para la víctima, capaz de perturbar su normalidad vital.

En el delito regulado en el art. 149 bis, primer párrafo, del Código Penal, las amenazas deben tener la finalidad de “alarmar o amedrentar” a una o más personas. Esto implica que la acción del sujeto activo debe estar dirigida a infundir miedo o atemorizar al sujeto pasivo¹⁶.

En cambio, en el caso de las coacciones (art. 149 bis, segundo párrafo, del Código Penal) la amenaza se anuncia con el objeto de lograr

13. Aboso, G. E. (2021). *Código Penal de la República Argentina, comentado y concordado con jurisprudencia*, 6ª Edición, Ed. B de F, pág. 735.

14. Buompadre, J., (2015). *Manual de Derecho Penal Parte especial*. Ed. Astrea, pág. 347.

15. Donna, E. A. (2001). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-A*, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 332-333.

16. Aboso, G. E., ob. cit., pág. 735-736.

que la víctima se comporte de una determinada manera. Al respecto, adviértase que mientras en el delito de amenazas el mal anunciado es un fin en sí mismo, en la coacción es un medio para el logro de un fin, que se traduce en obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad¹⁷.

En ambos casos, aunque las figuras penales no lo mencionen expresamente, es necesario que la amenaza sea grave, que se anuncie con seriedad, ya que de lo contrario no es posible amedrentar o motivar una decisión. De no ser así, jamás podría lesionarse la libertad psíquica o para determinarse del sujeto pasivo, es decir, los bienes jurídicos cuya afectación exigen los tipos penales de amenazas y coacciones, respectivamente.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el criterio que hace imputable la amenaza surge, justamente, de la influencia que esta ejerce sobre el ánimo del que la sufre, porque el temor despertado hace que se sienta menos libre y que se abstenga de muchas cosas que, sin ese temor, habría realizado tranquilamente, o que realice otras que sin él no habría ejecutado.

En este punto, resulta conveniente destacar que por su gravedad la amenaza debe ser idónea para atemorizar o amedrentar en el caso del art. 149 bis, primer párrafo del Código Penal, o para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, en el supuesto del segundo apartado del artículo citado. Ello significa que, independientemente del medio utilizado, que puede ser oral, escrito o incluso simbólico, el anuncio debe ser formulado de manera tal que resulte inteligible como advertencia de un mal futuro para el sujeto pasivo¹⁸.

Por otra parte, en el caso de la figura penal prevista en el primer párrafo del art. 149 bis, del Código Penal, también se requiere que la amenaza sea injusta. Ello implica que el agente no deba tener derecho a provocar el daño que anuncia, lo que equivale a decir que el daño

17. Aboso, G. E., ob. cit., pág. 738.

18. Aboso, G. E., ob. cit., pág. 735-736.

amenazado no tiene por qué ser soportado por el sujeto pasivo¹⁹. Esta exigencia fue señalada por Carrara, al advertir “*que muchas amenazas son inmunes a toda persecución penal, en virtud de la causa o del fin en que se inspiran..., casos en los que no puede encontrarse ninguna crimosidad, porque sin duda falta el objeto jurídico del delito y, aunque esos hechos se dirijan a infundir temor, y aunque puedan realmente infundirlo, no resulta de ellos ninguna relación contradictoria entre el hecho y el derecho, cuando el temor infundido tiende precisamente a contener al amenazado dentro de la obediencia a la ley moral o jurídica, sin invadir o restringir el ejercicio de su libertad de ninguna manera*”²⁰.

Se trata de un delito doloso. El autor debe conocer y querer alarmar o amedrentar a otro mediante el uso de amenazas. Discutible es si dichas expresiones o conducta amenazantes deben necesariamente producir una intranquilidad en el ánimo del sujeto pasivo, ya que el tipo penal en cuestión solo requiere que el autor haga uso de las amenazas con el propósito de alarmar o amedrentar. Tanto el alarmar como el amedrentar confluyen en la idea de generar una situación o estado de intranquilidad o desasosiego en la víctima²¹.

Solo admite el dolo directo, puesto que el autor debe tener por finalidad alarmar o amedrentar a la víctima mediante el empleo de amenazas²².

Dijimos que los modos más simples para amenazar están representados por la expresión verbal o escrita y aun los gestos, cuando estos fueran aptos e inequívocos en el sentido de provocar alarma característica de la figura. Pero hay otros modos que en sí mismos agravan la punibilidad: es el empleo de armas o el anonimato de las mismas.

En razón que se trata de un agravante del delito básico, no es posible aplicar lo dispuesto por el art. 41 del C.P. que prevé el aumento de la escala penal cuando un delito se comete con violencia o intimidación

19. Buompadre, J., ob. cit., pág. 349.

20. Carrara, F. (1870). *Criteri disrinvivi delle irasgressioni dai delitti*, en *Opuscoli*, 111, pág. 621.

21. Buompadre, J., ob. cit., pág. 351.

22. Donna, E. A., ob. cit., pág. 340.

mediante el empleo de arma de fuego, porque dicha circunstancia ya se encuentra contemplada como calificante de este delito.

No resulta necesario acreditar que el arma sea apta para el disparo, o que se encuentre cargada, dado que el temor será mayor en la amenaza cuando se hace empuñando, exhibiendo o blandiendo el arma, que cuando se profieren solo palabras. Puede este delito concurrir materialmente con el delito de portación o tenencia ilegítima de armas²³.

La amenaza también es agravada cuando su autor se mantiene oculto, es decir es anónima. Es tan grave que recibe un nombre propio, escopelismo, y el motivo del agravante es que al no saber quién es el sujeto activo, su destinatario carece de medios para defenderse o de recurrir a la autoridad para que haga cesar el daño amenazado²⁴.

En el caso de la coacción el daño amenazado, al igual que la imposición, también tiene que ser injusto. En este sentido, señala Buompadre, que la amenaza coaccionante puede provenir de la injusticia del daño anunciado, cuando este no constituya el ejercicio de una facultad jurídica del agente, porque la exigencia no se refiere a una acción u omisión debida por el sujeto pasivo, o porque la forma en que se lo quiere obligar a que cumpla con lo que le es exigible, es de suyo ilícita²⁵.

Según Soler las amenazas coactivas, es una forma de llamar el último tipo del art. 149 bis, aunque la más frecuente es coacciones. Sin embargo, y de acuerdo al diccionario de la Real Academia, la coacción puede ser por “fuerza o violencia”. Con buen criterio se incluyó entre los delitos contra la libertad individual, ya que la vis moralis del agente atenta contra la libertad de elección y acción de la víctima. Contra su “autonomía de la voluntad”, en terminología del derecho civil. En tanto, el art. 19 de la Constitución: “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”²⁶.

En la figura que reseñamos, se trata necesariamente de amenazas;

23. Aboso, G. E., ob. cit., pág. 737-738.

24. Aboso, G. E., ob. cit., pág. 738.

25. Buompadre, J., ob. cit., pág. 352-353.

26. Soler, S., (2000). Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Ed. Tea, pág. 77-78.

elemento objetivo esencial de la figura y que por tanto parece conveniente integre el nomen iuris. Las amenazas son la promesa de un mal futuro cuyo cumplimiento depende del poder del que la hace o de terceros con cuya acción dice contar. La afirmación falsa vale también como amenaza, cuando como verdadera podía ser tomada. De lo contrario, por ejemplo amenazar con requerir la ayuda de Tamerlán o acusar a la víctima ante Poncio Pilato, constituye tentativa inidónea: art. 44 del Código Penal.

Afirma Jorge Eduardo Buompadre que *“el delito es de pura actividad, de pura conducta, y se consuma cuando la amenaza llega a conocimiento de la víctima, independientemente de que esta realice o no un determinado obrar”*²⁷.

También, con a nuestro juicio la correcta doctrina: *“la amenaza incluida en el delito de coacción es particular pues no se dirige a alarmar o amedrentar, sino a obligar al sujeto pasivo a que actúe o no actúe, o que soporte o sufra algo, pretendiendo gobernar su conducta vulnerando su facultad de libre determinación, y por residir la criminalidad del hecho, no en la ilicitud de lo exigido, sino en la ilicitud del hecho de exigir en sí, careciendo de significación que el objetivo que pretendiera lograr el autor fuese lícito o ilícito”* (Cám. Nac. Crim. y Correc., sala 1, cit. por Edgardo A. Donna en “El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, t. III, p. 751).

Es un delito doloso. Se requiere dolo directo. El autor debe actuar con la finalidad de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad. Algunos autores sostienen que es requisito necesario que la condición impuesta en la amenaza se mantenga dentro del ámbito de gobierno del sujeto pasivo, es decir, que lo impuesto sea de posible realización por parte de este²⁸.

La consumación de este delito se produce con la exteriorización de la amenaza condicionante, es decir que ella haya llegado a conocimiento del sujeto pasivo. No es dispensable para su configuración que

27. Buompadre, J., ob. cit., pág. 354.

28. Aboso, G. E., ob. cit., pág. 738.

la víctima haya hecho, dejado de hacer o tolerado algo en contra de su voluntad²⁹.

Sobre la posibilidad de apreciar su comisión en grado de tentado, ello dependerá en definitiva de si se consideran las amenazas condicionantes como delito de pura actividad o de mero resultado.

Las agravantes previstas para esta figura se encuentran en el art. 149 ter del C.P: *“En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será: 1º De tres a seis años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas. 2º De cinco a diez años de prisión o reclusión en los siguientes casos; Si las amenazas tuvieren como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos. Si las amenazas tuvieren como propósito el de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo”*.

La primera agravante, se remite a lo expresado en las amenazas simples en lo referente al anonimato y comprende también esta agravante a las armas en general, solo que tiene por objeto, no alarmar o amedrentar, sino obligar al sujeto pasivo a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

La segunda agravante se trata de obtener alguna medida o concesión por parte de los poderes públicos, es decir que el propósito del sujeto del autor califica el delito básico, ya que pretende que cualquier miembro de los poderes públicos le otorgue cierta medida o una concesión en su propio beneficio o de un tercero.

Vale decir que en estos casos, se intenta que se haga, no se haga o se tolere algo específico (medida o concesión) por parte de un sujeto pasivo calificado (cualquier miembro de los poderes públicos). La medida que se pretende puede ser positiva (acción) como por ejemplo que se le otorgue al autor un beneficio patrimonial o no o negativa (abstención) que no sancione el Parlamento determinada ley.

Por medida habrá de entenderse una disposición de carácter legal,

29. Aboso, G. E., ob. cit., pág. 738.

reglamentaria o una decisión judicial. Mientras tanto la concesión no es solo un habrá de interpretarse en su carácter administrativo sino también en todo acto o abstención de una función determinada que le es encomendada por la ley a alguno de los poderes del Estado. Por ello la medida o concesión que se pretende debe necesariamente representar el carácter funcional corporativo de un poder público, ya sea Ejecutivo, Legislativo o Judicial, en sus tres niveles (nacional, provincial o municipal). Esto lleva a descartar toda concesión personal de un diputado, juez o ministro, sino que el acto que se pretende debe ostentar carácter funcional³⁰.

La tercer y última agravante es el propósito de obligar a una persona a que abandone el país o lugares de residencia o trabajo. En esta hipótesis el sujeto activo busca con su acción que la víctima abandone un determinado lugar de residencia habitual o trabajo.

El Código prevé distintos supuestos que van desde el abandono del país, hasta el más leve que consiste en dejar la residencia habitual o el lugar de trabajo. En este último caso no se trate que cambie de tareas laborales sino que la referencia es el lugar de trabajo, intentando que se traslade a uno distinto.

Juega por tanto aquí un elemento espacial que se constituye como factor determinante a los efectos de la agravación y que se vincula ineludiblemente con la capacidad de autodeterminación de la víctima en términos de lugar físico donde se ha decidido desarrollar tareas laborales, cotidianas o temporarias³¹.

Por último, respecto a la figura de hostigamiento, maltrato y amenazas en el Código de Faltas de San Juan, Ley 941-R, la investigación arrojó el siguiente resultado:

En la provincia de San Juan, también están tipificadas las amenazas como contravención en el artículo 109 del Código de Faltas de San Juan (Ley 941-R), en los siguientes términos: “*ARTÍCULO 109 - Hostigamiento*

30. Tazza, A., ob. cit., pág. 692-693.

31. Tazza, A., ob. cit., pág. 694.

- *maltrato - amenazas - golpes. El que hostigue, cometa vejaciones, maltrate física, psicológica o verbalmente, golpee, intimide, amenace o ejerza sobre otra persona violencia física o psicológica, siempre que no cause lesiones, será sancionado, conjunta o alternativamente, con pena de multa de cincuenta jus (50J) a trescientos jus (300J), prohibición de concurrencia, trabajos de utilidad pública o arresto de hasta treinta (30) días*".

Como vemos, el Código de Faltas de la Provincia de San Juan Ley 941-R, regula en su art. 109 la contravención contra la Tranquilidad y el Orden Público llamada hostigamiento, maltrato, y amenazas, sancionando a sus infractores, principalmente, con penas pecuniarias, y cuya redacción, a priori, resulta confusa al referir a conductas de intimidación o amenaza, asemejándose, por tanto, a las figuras delictivas penales antes referidas.

El legislador de la provincia de San Juan al sancionar al que "*...intimide, amenace...*", utiliza terminología idéntica a la utilizada por el legislador nacional para regular la figura de amenazas en el Código Penal.

En esta parte, seguiremos el trabajo de González Guerra³², quien dice que la expresión amenazas -en algunos casos intimidación- aparece en distintos ámbitos y con diferentes fines en la estructura de la parte especial del Derecho Penal. Como vimos en párrafos anteriores, uno de ellos es en el contexto de los delitos contra la libertad en el que se tipifica la amenaza como acción en sí misma o nuevamente como medio coactivo en el caso de las amenazas coactivas o coacciones –artículo 149 bis-.

La descripción precedente muestra un ámbito especialmente amplio y dispar de aplicación de la expresión amenaza en el Derecho Penal. Siendo ello así debe realizarse un estudio matizado del concepto. A saber, no se hace referencia a la misma acción cuando el

32. González Guerra, C. M. (2013), *Hostigar, intimidar y maltratar -No siempre es delito!- Delimitación entre los delitos de amenazas y coacciones y la contravención del art. 52 del Cód. Contravencional*. <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1690/Hostigar.pdf?sequence=1>.

legislador recurre a la expresión amenaza como medio coactivo, cuando lo hace como fin en sí misma o, finalmente, cuando la utiliza como adjetivo de otras conductas.

Desde esa perspectiva, se puede sostener que en cada una de esas funciones que el legislador le asigna a la expresión amenaza se está refiriendo a un nivel distinto de la misma. Una cosa es amenazar en sentido coloquial, es decir simplemente poner en perspectiva de otra persona un mal, ya sea contra ella o contra una persona “cercana” a ella; y otra cosa es una amenaza en sentido penal, o si se prefiere, una amenaza jurídico-penalmente relevante. A su vez, puede precisarse aún más la idea y afirmar que existen entre las amenazas jurídico-penalmente relevantes distintos niveles o velocidades. A saber, las amenazas más graves que cuando además ponen una condición pueden constituir los medios coactivos a los que hace referencia la coacción del 149 bis segundo párrafo o de una amenaza simple del 149 bis primer párrafo. Ahora bien, cuando la amenaza, aun siendo penalmente relevante, no cumple con los requisitos que deben exigirse para ser un medio coactivo o típica de coacciones no necesariamente estaríamos ante una conducta atípica, sino que por el contrario podría tratarse de un delito de amenazas simples que se convierte de ese modo en un tipo residual o de recogida³³.

La conclusión a la que se podría llegar, si el razonamiento anterior fuese correcto, es que existen en la legislación penal argentina y en concreto en la aplicable en San Juan tres velocidades o niveles de amenaza. A saber:

a. Las amenazas más relevantes que pueden dar lugar a delitos donde se las exige como medios coactivos – delitos sexuales, extorsión y coacciones-, o como amenazas simples en sí mismas;

b. Amenazas que no cumplen los requisitos de las anteriores pero que de modo residual pueden ser imputadas como amenazas simples del 149 bis; y finalmente

c. Amenazas o intimidaciones que no llegan a cumplir los requisitos

33. González Guerra, C. M., ob. cit., pág. 8.

mínimos como para ser relevantes en ámbito penal, pero sí en el contravencional³⁴ pudiendo ser castigadas como intimidaciones, hostigamientos, amenazas, etc., conforme al art. 109 del Código de Faltas de San Juan.

Claro que existe una cuarta velocidad, aunque extraña al Derecho Penal y contravencional, integrado por las amenazas –en sentido coloquial- sin relevancia jurídica.

La lectura de la figura lleva rápidamente a sostener que las posibles conductas de amenazas del artículo 109 del Código de Faltas de San Juan (Ley 941-R), serán absorbidas por el tipo penal de amenazas, y ello es así porque cualquier conducta destinada a alarmar o amedrentar a una persona, como claramente establece el art. 149 bis de CP, es delito de amenaza y ya no una mera contravención.

En función de ello, el ámbito de aplicación de los delitos y las faltas respecto a las amenazas, no queda claramente establecido mediante parámetros objetivos, cuantitativos y cualitativos, que permitan la aplicación clara y certera de una u otra figura, teniendo en cuenta, además, que son de ámbitos de competencia distinta y que las sanciones a aplicar son muy diferentes en cada caso.

Por tanto, la redacción del artículo 109 del Código de Faltas de San Juan describiendo las conductas típicas con un cierto grado de indeterminación, la propia sistemática de las contravenciones en la regulación de la provincia de San Juan, la relación entre estas y los delitos de amenazas y coacciones previstas en el Código Penal argentino y las actuales facultades que tiene el Ministerio Público Fiscal al realizar valoración inicial de una denuncia penal (mediante la posibilidad de desestimación de la instancia por inexistencia de delito; archivo; aplicación de un criterio de oportunidad o disponibilidad; iniciar la investigación previa a la formalización de la investigación penal preparatoria; formalización de la investigación penal preparatoria, o la aplicación de alguno de los procedimientos especiales previstos en este

34. González Guerra, C. M., ob. cit., pág. 8.

Código), generan un interesante ámbito para un análisis a descubrir en la siguientes etapas en las tareas de campo, recordando además, que los principios, garantías y las reglas de imputación del Derecho Penal clásico gozan de plena vigencia en el ámbito de las contravenciones.

Entonces, la conclusión normativa es que la regulación actual del art. 109 de la ley 941-R es inadecuada y requiere de una inmediata modificación que excluya del tipo la expresión «intimide, amenace». Con tal medida se facilitaría, por una parte la construcción del límite necesario entre la figura del art. 149 bis del Código Penal y la del 109 de la ley local 941-R, en definitiva se ayudaría a la determinación, en este contexto, entre delitos y contravenciones. Mientras la inclusión exista, el esfuerzo interpretativo pasa por determinar cuándo una conducta de hostigar, intimidar o amenazar, sin llegar a generar alarma o amedrentamiento en el sujeto pasivo que posicione la conducta en el ámbito de las amenazas típicas del Código Penal.

La distinción debe necesariamente construirse entonces a partir de criterios objetivos que expliquen la alarma y amedrentamiento –necesarios en el delito de amenazas- y la intimidación o amenaza contravencional.

Capítulo 2

En la segunda etapa del proyecto las alumnas colaboradoras del trabajo se dirigieron con el fin de recabar testimonios de parte de los operadores de la justicia penal de la provincia de San Juan, con el fin de lograr y recabar información de los operadores de la justicia penal sanjuanina para la comprobación de la hipótesis planteada.

En las distintas jornadas de trabajo de campo que se llevaron a cabo en el edificio de Tribunales del Poder Judicial de la provincia de San Juan, las alumnas se dirigieron a la Oficina Judicial Penal, la que es coordinada administrativamente por el Dr. Matías Rogelio Senatore. La Oficina Judicial es una estructura organizada por la Corte de Justicia, que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional.

Se explicó en el informe respectivo cuál es la organización interna de las oficinas que fueron implementadas a partir de la ejecución del sistema acusatorio en San Juan, enfocándose la actividad en la UFI CAVIG donde tomamos contacto con los fiscales y sus auxiliares.

El Fiscal y sus auxiliares cumplen funciones de suma importancia en el actual sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial en la provincia de San Juan, ya que tanto la investigación, el contacto con los protagonistas del hecho delictual, y las directivas impartidas para el accionar policial, está en poder del Fiscal, quien se vale para ejecutar de sus directivas, de sus Auxiliares, que son los Ayudantes Fiscales.

La Unidad CAVIG cuenta con distintas unidades, que son llamadas Unidades Fiscales que son: UFI1 Flagrancia, UFI 2 CAVIG, UFI 3 A.NI.VI y UFI 4 DELITOS ESPECIALES.

UFI N° 1 –FLAGRANCIA: La misma está compuesta por los Fiscales Coordinadores: Dr. Pablo Francisco Martín Fernández y Dra. Virginia Branca. Fiscales: Dr. Alberto Miguel Martínez, Dra. Daniela Pringles y el Dr. Cristian Catalano. A ellos se suman, la cantidad de 22 Ayudantes. Fiscales y personal administrativo. Además en funciones de seguridad, la cantidad de 31 efectivos policiales, quienes se encuentran a cargo del Comisario mayor Carlos Avella, jefe de Dirección Judicial D-5. Esta UFI se encuentra ubicada en Calle Maipú 458 (Este), Capital.

UFI N° 2 – CAVIG (Centro de Abordaje de Violencia Intrafamiliar y de Genero). La misma está compuesta por la Fiscal Coordinadora Dra. Claudia Alejandra Sálica y Dr. Roberto Ginsberg. Fiscales: Dr. Miguel Ángel Gay, Dr. José Tomás Plaza, Dr. Ignacio Achem, Dr. Juan Manuel Gálvez, Dr. Eduardo Martínez Yanzón, Dra. Claudia Yanina Galante, Dra. Claudia Ruiz Carignano Y Dr. Mario A. Panetta Soppelsa, con 22 Ayudantes. Fiscales, 25 personas en sector administrativo de contención y 13 licenciados en Psicología. Además, la cantidad de 57 funcionarios policiales quienes se encuentran a cargo del Comisario Inspector María Eugenia Ochoa, la Subcrio. Nicolasa del Valle Aciar y la Subcrio. Viviana Rodríguez. Esta UFI se encuentra ubicada en Avenida Leandro Alem y Calle Rivadavia, Capital.

UFI N° 3 – ANIVI (Abordaje Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, Víctimas o Testigos de Abusos Sexuales). La misma está compuesta por los Fiscales Coordinadores Dra. Valentina Bucciarrelli y Dr. Raúl Iglesias Galante. Fiscales: Dra. Ingrid Celina Schott Moreno, Dr. Duilio Alberto Ejarque Oribe, Dr. Roberto Mallea Marcucci, Dr. Eduardo Gallastegui, Dr. Nicolas Gregorio Schiattino y Dr. Ricardo Mariano Juárez Prieto. Tiene 14 Ayudantes. Fiscales, 13 personas en la parte administrativa y licenciado en Psicopedagogía y psicólogos.

Además, la cantidad de 14 Personal policial, quienes se encuentran a cargo de la Comisario Claudia Llanos. Esta U.F.I se encuentra ubicada en Avenida Córdoba 456 (Este), Capital.

UFI N° 4 - DELITOS ESPECIALES. La misma está compuesta por los Fiscales Coordinadores Dr. Iván Grassi y Dr. Riveros Adrián. Fiscales: Dr. Renato Roca, Dr. Francisco Pizarro y Dr. Francisco Micheltorena. Tiene 14 Ayudantes. Fiscales y 13 personas en la parte administrativa. Además, la cantidad de 20 Personal policial, quienes se encuentran a cargo del Subcomisario Marcelo Llanos. Esta UFI se encuentra ubicada en el Palacio de Tribunales, Primer Piso, ala Oeste, Capital.

Respecto a la UFI CAVIG, que es la que interesa en nuestro trabajo, la misma es un Centro de Abordaje y Contención a las Víctimas de Violencia Intrafamiliar y de Género. A las personas que allí acuden se les brinda un abordaje integral, asesorándolas y con un acompañamiento multidisciplinario. Se realiza un trabajo conjunto entre el Poder Judicial de San Juan, a través de la Corte de Justicia y el Ministerio Público Fiscal, y el Poder Ejecutivo Provincial, mediante el Ministerio de Desarrollo Humano y Promoción Social, Ministerio de Gobierno, Ministerio de Salud Pública, Secretaría de Seguridad y Orden Público y la Policía de San Juan. Fiscales, Ayudante de Fiscales; policías, psicólogos/as, médicos/as y asistentes sociales trabajan coordinadamente las 24 horas del día, los 365 días del año, para recibir denuncias y resolver todo tipo de situaciones que tengan que ver con esta problemática.

En la UFI CAVIG, logramos entrevistar a la mano ejecutora de los Fiscales, es decir, a los Ayudantes Fiscales, quienes por su arduo trabajo, resultó difícil lograr su testimonio.

En la oportunidad logramos conversar con los Ayudantes Fiscales presentes en el lugar en las distintas jornadas: la Dra. Yanina Márquez, Dra. Carlos Yanzón y Dr. Germán Cuk, quienes tienen su ámbito de actuación en la primera circunscripción de San Juan.

El resultado de las entrevistas fue muy satisfactorio.

En primer lugar, la Dra. Yanina Márquez, quien fue entrevistada al respecto de la problemática relacionada al presente proyecto quien nos respondió:

¿Qué es para usted amenaza?

Cualquier intimidación grave verbal o no verbal que afecta emocionalmente a la persona que las recibe y lo limita en su autodeterminación.

¿Qué parámetro hay que tener en cuenta para tomar a la amenaza como delito a contravención?

Deber ser grave, cierta, posible, determinada para que pueda ser considerada delito. Cuando se refiere a un insulto o es imposible/ indeterminada es contravención.

¿Cómo determina la competencia para tratar la amenaza?

Tiene relación con la pregunta anterior, ya que si la amenaza es grave (por ejemplo, una amenaza de muerte), es cierta y posible, es decir, que sea realizable y sea concreta hacia una persona detenida, entonces será tomada por la UFI CAVIG. Si es la competencia de Cavig son amenazas que se realicen entre parejas ex parejas, padres e hijos, hermanos. Suegros y cuñados si viven bajo el mismo techo. De lo contrario, se desestima, o se envían a la justicia ordinaria.

¿Tienen algún criterio específico a la hora de determinar contravención o delito?

Queda a criterio del operador que recibe la denuncia. Aunque de mínima debe cumplir con las características del punto 2. Caso contrario es contravención.

¿Cuáles amenazas son consideradas siempre delitos y tratadas en el área judicial?

Las que se realizan con armas de cualquier sea el tipo.

¿Cuáles amenazas que siempre son tratadas en el área administrativa?

Las que se den en el marco de discusiones, insultos.

¿Hay alguna pauta objetiva que les ayude a la hora de tomar una decisión con respeto a la penalidad y competencia en cuanto a este delito?

En cuanto a la competencia en Cavig, ayuda mucho el informe psicológico elaborado al momento de la denuncia que nos indica el estado emocional del denunciante.

Asimismo, nos entrevistamos con el Dr. Carlos, Yanzón, quien se desempeña como Ayudante Fiscal del Dr. Eduardo Martínez desde el año 2021. Al entrevistarnos con él, fueron surgiendo otras preguntas que también fueron plasmadas en el presente informe.

A continuación reproducimos la entrevista realizada al Dr. Carlos Yanzón respecto a su laboral diaria en el tema de objeto de investigación:

¿Qué es para usted amenaza?

Las amenazas que nosotros tratamos acá como delito es la amenaza de muerte, no la amenaza de por ejemplo: “te voy a denunciar”, “te voy a sacar los hijos”, “no la vas a pasar bien cuando me veas”, etc. nosotros tratamos la amenaza de muerte, esa amenaza de muerte puede ser o simplemente verbal o una amenaza agravada por el uso de armas.

¿Qué se entiende de por uso de arma?

No solamente el uso de arma en si sino también puede ser un cuchillo, cualquier elemento corto punzante. En la amenaza simple, puede ocurrir que una persona se sienta amenazada porque le diga por ejemplo: te voy a denunciar, y bueno eso no es una amenaza porque no se ha configurado, te dice un hecho futuro que no sabemos si va a pasar o no va a pasar. Entonces nosotros cuando vienen acá le damos otra alternativa que es un formulario de protección que se llama, que es una cuestión más que nada administrativa, a través de la Dirección de la Mujer que funciona en la misma sede de Cavig, porque esto funciona las 24 horas, también hay médicos, psicólogos, Fiscales, policía y la Dirección de la mujer.

¿Qué hace la Dirección de la Mujer?

Se ocupa de tratar todas aquellas conductas o situaciones que por el momento no configuran un delito, sino que la persona se siente intimidada y

quiere guardar una distancia con respecto a una persona con la que tiene una mala relación que puede ser un hermano, padre, marido, hijo, etc., se hace un formulario de protección que surge administrativamente, porque se deriva a través de la Dirección de la mujer, y de ahí se lo deriva al departamento provincial que corresponde a esa persona, si es de Chimbabue, por ejemplo, lo deriva a la Dirección de la Mujer de ese departamento. Luego, hacen una encuesta ambiental vecinal y después se deriva al Juzgado de Familia y el juez de Familia dicta una resolución que dispone una prohibición de acercamiento. Normalmente no solamente es una prohibición de acercamiento sino también la prohibición de realizar actos molestos o turbatorios, lo que implica no solamente no te puedes acercar sino que tampoco mandar mensajes de texto, de Instagram, WhatsApp, ya sea esa persona o por intermedio de otra persona. Una vez que esté notificado la persona de que no se puede acercar e infringe esa resolución judicial, se configura un delito que se llama desobediencia de orden judicial que es el art 239 del CP. El procedimiento, consiste en ver si hay una denuncia anterior, porque si la hay, en principio debería ir al fiscal que ya estuvo interviniendo; si no hay va al fiscal que está de turno, y luego pasa a una especie de oficina que esta al final donde se le toma la denuncia. Una vez que se realiza la denuncia, la recibe el ayudante fiscal y de ahí el fiscal de turno toma las medidas que pueden ser: una prohibición de acercamiento, exclusión del hogar, o una detención si tiene antecedentes y es una persona peligrosa; esas son las medidas que tomamos de menos a más. Esa desobediencia puede además ir acompañada de una lesión, si además la amenazó de muerte amenazas, entonces ahí tenés varios delitos en concurso.

¿Hay alguna pauta objetiva que les ayude a la hora de tomar una decisión con respecto a la penalidad y competencia en cuanto a este delito?

La verdad que creo que no hay una pauta, chocan un poco la figura del delito de amenaza con la contravención. La contravención normalmente es un insulto callejero o una amenaza que no es de muerte en la calle. Nosotros lo hacemos por la peligrosidad, si vemos que hay peligro, o sea que hay un criterio que no es objetivo, es sumamente subjetivo y te vas a encontrar con los distintos fiscales que pueden evaluar la situación de distinta manera.

Nosotros no lo tomamos como contravención, salvo cuando no es delito. El insulto, el acoso, que te sigan, todo eso no es delito y va a contravención directamente, ahora cuando el hecho, la misma amenaza es amenaza y no lo es, por ejemplo en el contexto de una pelea no es amenaza porque debe tener varios elementos que para mí el análisis lo hacemos en base a la peligrosidad, si se puede afectar o no, si le causo temor, porque el bien jurídico protegido es la libertad, si realmente a la víctima le está dificultando vivir, le impide salir de su casa, le afecta o no, y eso es un elemento no objetivo, no tenemos pautas, tratamos de minimizar el margen de discrecionalidad lo más posible porque tenemos otros elementos, por ejemplo, cuando dentro de una amenaza siempre se le hace una intervención psicológica, entonces los psicólogos nos informan cual es el grado de afectación psicológica de la víctima, cual es el grado de dependencia, si está dentro de un círculo de violencia o no, y además llenamos un formulario que contiene muchas preguntas que arrojan un índice, para mensurar lo que en principio no es mensurable, para rápidamente ver donde estamos ubicados. Puede quizás ser una simple cachetada, pero si te pones a analizar quizás hay otros factores, por ejemplo, la tenía encerrada, entonces hay otros factores o no la deja tener celular, tiene arma, o tiene denuncias de otras ex parejas, y empiezas a evaluar elementos que en conjunto dan un índice. Entonces no toda amenaza es contravención, ni tampoco toda amenaza es delito, sino que esa amenaza tenga entidad de provocar un temor de manera tal que sea posible que se provoque ese mal.

La amenaza está atravesada por dos factores, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo, es que es una figura rara a pesar de que es una de las figuras que más llegan acá, pero es rara porque vos tenés que hacer la conjunción de los dos elementos, porque el objetivo es que realmente sea posible, que produzca temor y al mismo tiempo que en la medida de un hombre normal cause temor. Porque a lo mejor hay una discusión, por ejemplo porque hay parejas que se tratan muy mal o una discusión en un taller mecánico donde un tipo insulta a otro y le dice “te voy a matar....” Y a lo mejor es el trato normal que tienen y a un hombre normal le causaría miedo, pero en el contexto particular no.

Pero entiendo que en la medida de lo que nosotros tratamos me da la sensación que es el peligro el que lo determina, el peligro que se produzca algo en

la afectación al bien jurídico. Depende como se ha dado, ejemplo, el tipo va a buscar la hija y no se la quiere dar la mujer, entonces se enoja y le dice mira hdp te voy a matar y se va; es amenaza? Si, claro. Ahora da para meterle antecedentes y configurarlo? La figura de amenaza es claramente un dolo directo, no hay una alternativa de una culpa, hay una intención de limitar la libertad, no de insultarla y agraviarla, entonces si lo hace para agraviarla e insultarla no es amenaza, ahora si lo hace para que ella tenga miedo y se sienta mal es amenaza. Entonces es una figura muy difícil y nosotros en algún momento hemos estado mandando algunas al contravencional y otras las desistimos, pero mandamos algunas cosas que no alcanzan a ser amenazas pero son peligrosas. O sea, un tipo que hostiga todo el tiempo e insulta es peligroso, y quizás no es amenaza pero es peligroso. Entonces mandamos en esos casos pero no hacemos un seguimiento de que ha hecho el juzgado con esos casos.

Pero en cuanto a la contravención, a persona que viene por acá nosotros no la derivamos a la policía a que haga un acta y pase a un Juzgado de Faltas, no lo hacemos. Tratamos de que la persona si no se configura el delito de amenaza le hacemos el formulario de protección para que se vaya con algo, porque? Porque más allá de que se configure o no la amenaza, la persona está recibiendo una resolución que le dice que no se puede acercar, entonces nosotros ya le damos una salida y una herramienta. Cuando viene la persona por acá le decimos que cuando le llegue esa resolución la tenga en la cartera, porque? Porque cuando este en la calle y se le hacer que tiene que llamar al 911 y si usted muestra la resolución inmediatamente lo llevan detenido por flagrancia; en cambio, si no tiene la resolución en mano no lo pueden llevar detenido, porque deja de ser flagrancia, porque el delito de desobediencia se configura si ella tiene e n ese momento la constancia.

¿Cree usted que el art 149 del C.P. describe conductas típicas con cierto grado de indeterminación?

Si es indeterminado el artículo, porque es en cierta manera es abstracto, y como hablábamos recién, depende mucho del receptor de la amenaza, o del emisor de la amenaza, porque nosotros tenemos que analizar todo. Cuando estamos ante la duda si lo incriminamos o no, lo que nos termina definiendo es la planilla de antecedentes. Si vos estas dudando, pero pedís la planilla y

ya tiene un juicio abreviado, una condena condicional o delitos anteriores pro el mismo hechos se te van las dudas. Pero cuando te dice que el que amedrenta a otro, y si es abstracto porque tenés que analizar el contexto. Es muy difícil la amenaza, porque muchas veces se dan en ámbitos de discusiones ¿y quién no le dice a otro te voy a matar? Osea se para un tipo frente a otro en una discusión de tránsito y los primero que le dice es eso, pero puedes dilucidar o dar por hecho que lo va a matar? No, pero verbalmente le dijo que lo va a matar. De todos modos la amenaza cobra mucho valor en la cuestión de violencia de género o en los casos de amenaza de muerte, pero no se si hay en San Juan algún condenado por amenazas, pero en estos casos siempre salimos en defensa, porque normalmente este delito siempre suele ser la previa de otro mayor, normalmente la temática que nosotros tratamos acá es que el delito nunca va de más a menos, siempre va de menos a más, primero te amenazo, luego te golpeo, ella lo perdona, él promete que va a cambiar, y cuando le vuelve a pegar, la lesión es superior.

¿Qué parámetro hay que tener en cuenta para tomar la amenaza como delito o contravención?

La peligrosidad y principalmente el contexto. Yo te diría que primero el contexto y luego la peligrosidad, meterse en el imputado, nosotros estudiar quien es, tenemos que saber quién es, si tiene condenas anteriores, si tiene procesos abiertos, si tiene un proceso anterior contra la misma persona, ya si lo tiene contra la misma persona obviamente que salimos y seguramente lo detenemos, y también vemos los testigos, porque muchas veces nos pasa que viene un testigo, y sobre todo los niños que son los que dicen la verdad, y terminan diciendo que no fue el que la amenazo a ella sino al revés.

¿Tiene algún criterio específico a la hora de determinar si se trata de delito o contravención?

Analizamos caso por caso, no está estandarizado. Más allá de eso si hay un arma, por lo menos dictamos una orden de allanamiento de arma, por lo menos.

¿Cuáles amenazas son consideradas siempre delitos y tratadas en el área judicial?

Siempre que hay una arma de por medio tomamos una medida urgente. Ej sacó un arma pero no la amenazó de muerte, pero el solo hecho ya es

amenazante, pero está el arma y está en la casa, entonces nosotros tenemos que ir y sacarla, aunque después estudiemos si hubo o no amenaza, pero por lo menos allanamos para sacarla, aunque haya alguna duda sobre cómo se configuró la amenaza. No puede haber arma.

¿Qué tipos de amenazas son tratadas siempre en el área administrativa?

La amenaza primero son arma, ni elementos corto punzante, palos etc., eso que es amenaza llamémosle leve, que no hay persona con proceso anterior ni juicio abierto anterior y que sea en un contexto más leve como una discusión subida de tono o un accidente de tránsito. Y a veces la persona dice que amenazó de muerte pero no quiero denunciarlo, quiero la perimetral, porque sabe que si lo denuncia puede perder el trabajo y de que van a comer, si no es peligroso y si ella dice que no quiere denunciar sino una perimetral se hace el formulario, ella quiere demostrarle a él que ya está actuando y a veces da resultado, porque el sujeto cree que se va a manejar con impunidad total y de golpe le llega una resolución que no te puedes acercar y en algunos casos si el tipo tiene dos dedos de frente hace caso.

¿Hay alguna pauta objetiva que les permita o ayude a la hora de tomar una decisión con respecto a la penalidad y competencia en cuanto al delito de amenaza?

No hay una pauta, el criterio de la peligrosidad es un criterio bastante interesante porque permite ver toda la gama de delitos con ese criterio, por ejemplo el de lesiones, una lesión muy leve implica quizás un hecho leve o quizás no, en base a la pauta de la peligrosidad. Por ejemplo la chica que dice que el hombre la atropella pero en realidad él se quería ir y ella se tira adelante del auto, él dice que no la atropella nunca y ella con tal de que él no se vaya o cambie la actitud se le tiro en el auto, entonces ahí no tenés la causa subjetiva porque el no tuvo la intención de dañar, tiene que estar el dolo presente. Por eso cuando me preguntan si hay un criterio y lo hay pero mínimo, lo demás todo va variando.

¿Recuerda algún caso de amenaza que se haya desestimado la denuncia y se haya enviado al fuero contravencional?

Y, lo que pasa que tenemos una instancia más nosotros que es la posibilidad de conciliar, hay una posibilidad. Pero tenemos un caso que enviamos

pero por no considerarlo amenaza. Nosotros lo estamos mandando más que nada a los Juzgados de Paz, cuando hay desobediencia más que nada, Ej.: cuando el sujeto amenazo incumpliendo la orden que dicto un Juez de Paz. O sea, una prohibición de acercamiento dictada por un Juez de Paz, lo que nos permite ahora la Fiscalía General es que nosotros volvamos a mandar eso al Juzgado de Paz, para que le apliquen una sanción desde el Juzgado de Paz, porque? Porque esas prohibiciones de acercamiento se dictan en el marco de la ley 989 que establece que el juez que la dicto puede aplicar sanciones, como multas, trabajos comunitarios, arrestos. Entonces en algunos casos lo mandamos y lo terminan resolviendo en el Juzgado de Paz.

Asimismo, nos entrevistamos con el Dr. Germán Cuk, quien se desempeña como Ayudante Fiscal del Dr. Alejandro Mattar desde el año 2021. Al entrevistarnos con él, fueron surgiendo otras preguntas que también fueron plasmadas en el presente informe.

A continuación reproducimos la entrevista realizada al Dr. Germán Cuk respecto a su laboral diaria en el tema de objeto de investigación:

¿Cree usted que el art 149 del C.P. describe conductas típicas con cierto grado de indeterminación?

Básicamente sí, hay una indeterminación muy clara. Porque hay conductas que pueden llegar a ser determinadas como amenazas para una persona y depende de la persona que lo haga, no es lo mismo que ustedes hagan una amenaza a una persona X diciéndole “te voy a pegar”, a que venga un reconocido delincuente y diga lo mismo, tienen un contenido muy subjetivo con respecto a la persona que realiza la amenaza, asimismo la persona que la recibe, el estado de indefensión, el cómo puede llegar a ser influida psicológicamente son las cosas que se evalúan al momento. Y si hay una indeterminación, porque? Porque hay dichos del agresor que pueden ser dichos en un contexto X y no ser considerado amenaza, pero en la circunstancia específica en el contexto que son dichos si son considerados amenazas, para mi si hay un contenido de indeterminación en el tipo que depende mucho de la interpretación del operador judicial si se va a tomar o no, si se deriva o no a una competencia de faltas. Es lo mismo que pasa con el art 205 del Código Penal, que dice quien viole una disposición... nos ha pasado que cambiaban la normativa 2 veces por día, entonces habían casos de camioneros que en

un lugar le daban unas instrucciones y cuando llegaban acá a san juan se le aplicaba otra normativa, entonces más o menos pasa lo mismo acá, y vuelvo a repetir hay una interpretación subjetiva del operador judicial, hay situaciones en las que pueden llegar a ser consideradas amenazas y otras que no, pero siempre uno evalúa la modificación del estado de ánimo de la víctima; no es lo mismo que venga una mujer de un metro noventa que nos ha pasado, y que viene a denunciar amenazas de su ex pareja que es un pibe de un metro sesenta que pesa 50 kilos, y dice que la amenazó que le va a pegar, y una de las preguntas de rigor en cuanto a este delito es que si se le modifico su forma de vida, si se siente afectada internamente, si tiene miedo, todo ese tipo de cosas que hacen a la calificación y cumplimiento del tipo penal. Porque en si este delito afecta a la libertad, y si la persona dice, la verdad que no le tengo miedo, entonces no hay configuración del delito. Entonces si es indeterminado, y depende del operador judicial evaluando los distintos tópicos, tanto las características subjetivas como las objetivas que normalmente depende del operador que este puede ser denuncia penal o denuncia de falta, y a veces ni siquiera de faltas. Porque que dice el art? Un mal injusto, inminente e injusto, y si un hombre le dice que le va a iniciar un proceso y quitarle los hijos no es amenaza porque tiene todo el derecho del mundo de ir a tribunales, de plantear la situación y perder la tenencia o ganarla.

¿Tiene algún criterio específico a la hora de determinar si se trata de delito o contravención?

Básicamente el criterio es la afectación a la libertad de las personas. Porque? Porque muchas veces es un delito en abstracto, o sea, vos proferís la amenaza, y los argentinos tenemos un vocabulario muy particular, entonces hay situaciones donde podemos llegar a decir la misma mala palabra con un amigo y con un enemigo. Entonces el tema del criterio es depende del contexto de la persona, vuelvo a repetir de manejan criterios subjetivos y objetivos, de acuerdo al caso en concreto.

¿Cuáles amenazas son consideradas siempre delitos y tratadas en el área judicial?

Depende de qué tipo de amenaza estamos hablando, no es lo mismo la amenaza simple, que la amenaza coactiva o la amenaza con el uso de arma

propia e impropia. Ej si el tipo no le dijo nada pero la persiguió con un hacha durante 20 cuádras, y si es una amenaza agravada. Entonces cuando es realizada con arma, si o si lo tomamos como delito. Lo que pasa que el Código de Faltas es mucho más completo, ellos tienen posibilidades de arresto y detención en muchas más oportunidades y delitos que nosotros no tenemos (aunque parezca tremendamente inconstitucional) siendo que nosotros trabajamos con tipos mucho más importantes, pero bueno son las contradicciones del sistema jurídico argentino.

¿Qué tipos de amenazas son tratadas siempre en el área administrativa?

Cada situación y cada amenaza se ve en el contexto y a veces la solución es preferible por el Código de Faltas y no por el Código Penal, porque quizás no este netamente tipificado el delito, y entonces quizás lo derivamos a faltas que es más laxo.

¿Hay alguna pauta objetiva que les permita o ayude a la hora de tomar una decisión con respecto a la penalidad y competencia en cuanto al delito de amenaza?

Si básicamente el tema de la amenaza con arma propia o impropia, es lo que tomamos y por lo menos lo investigamos aunque no haya la pauta del miedo de la persona. Ej si la chica viene y dice mire me amenazó con un arma y si o si la tenemos que tomar, por una cuestión de conservar la paz social; pero muchas veces no hay forma de demostrar, el delito de amenaza es muy difícil de demostrar porque normalmente es la palabra de uno contra la del otro, cuesta mucho luego acreditarlo, por eso es importante el Código de Faltas, porque es más laxo en los requisitos, entonces una amenaza que es un delito penal, por ahí te conviene derivarla por el lado del juzgado de faltas porque tiene una respuesta más rápida, y quizás acá no tenga respuesta por considerarlo atípico o no poderlo demostrar.

¿Recuerda algún caso de amenaza que se haya desestimado la denuncia y se haya enviado al fuero contravencional?

No recuerdo, pero si se ha hecho en algunas pocas oportunidades. Normalmente cuando se recepciona la denuncia, el trabajo del Ayudante Fiscal es asesorar a la víctima y explicarle que respuesta quizás sea mejor encaminada por el lado de la justicia de faltas, comunicas al personal policial

y explicarle que tipo de denuncia, y explicarle que acá tendría que dictar un sobreseimiento por falta de pruebas, pero sí allanas el camino para que no se vaya sin una respuesta. Que se vaya siempre con una respuesta, esa es la mira de nuestro trabajo y la mira con la que medidos nuestro trabajo, solucionar conflictos.

Muchas veces hay delitos que están tremendamente tipificados, pero que es más el daño que se va a hacer condenando a una persona que buscando un arreglo entre las partes. Entonces hay muchos criterios que lo toman los fiscales donde se trata de buscar lo mejor objetivamente.

Por último, recabamos las estadísticas referentes a denuncias por amenazas ante la UFI CAVIG, periodo temporal que abarca desde el inicio de sistema acusatorio, es decir el 26 de febrero de 2021 hasta el día 12 de octubre de 2022.

Capítulo 3

En la última etapa del proyecto de investigación, se procedió realizar trabajo de campo en los Juzgados de Faltas del gran San Juan.

Dicha actuación se circunscribió a los Juzgados de Faltas de la Primera, Segunda y Tercera nominación de esta provincia.

Cabe destacar que el muestreo obtenido en dichos Juzgados de Faltas Provinciales, es suficientemente representativo, de la problemática aquí planteada lo cual nos permitió contar con fuentes y resultados que nos ilustren sobre la actuación de los Jueces de Faltas y operadores que aplican el Derecho Penal Administrativo Contravencional.

En esta oportunidad se recolectó información in situ, referente tanto al trabajo intelectual como al trámite que se sigue respecto a hechos calificados como amenazas pero que se encuentran dentro de la órbita del Código de Faltas y por tanto poseen la naturaleza jurídica de una falta o contravención.

Se investigó sobre la actuación de los Juzgados de Faltas de San Juan respecto a la figura de amenazas prevista en el art. 109 del Código de Faltas, Ley 941 – R-, recabando información respecto a la modalidad de tratamiento e investigación por parte de los Jueces de Faltas en lo

atinente a la figura de amenazas como contravención y los criterios a seguir para desestimar, archivar o continuar su trámite o declararse incompetentes por entenderlas comprendidas en el ámbito del Derecho Penal, más precisamente dentro del art. 149 bis del C.P.

Se procedió a realizar un exhaustivo trabajo de campo en los tres Juzgados de Faltas Provinciales, únicos en San Juan con competencia contravencional exclusiva.

Esta etapa fue llevada adelante acudiendo al Centro Cívico de San Juan, lugar donde actualmente funcionan los tres juzgados de Faltas provinciales, entrevistando a operados que se desempeñan en diferentes niveles de responsabilidad y toma de decisiones, quienes aportaron sus vivencias y compartieron el criterio aplicado por sus respectivos organismos a la hora de desempeñar su labor.

Finalmente, se pudieron llevar a cabo las entrevistas y se dio acceso a diferentes operadores de distintas jerarquías y de los tres Juzgados de Faltas, quienes brindaron abiertamente información y opiniones respecto al abordaje de la problemática figura prevista en el art. 109 de la Ley 941 – R-

En ese marco, las entrevistas que se consignaron en la tercera etapa, se llevaron a cabo en base a un cuestionario con preguntas que se formularon a los entrevistados, las cuales fueron elaboradas previamente por parte de los investigadores; pero al no ser una entrevista estructurada, se fueron reformulando las mismas en función de los nuevos interrogantes generados por las contestaciones de los operadores jurídicos.

Luego de las entrevistas, se compartieron los resultados de dicha actividad, para que de esta forma se abriera el debate e intercambio de ideas y opiniones respecto al material rescatado por cada uno de ellos.

Al concurrir allí, logramos entrevistar a funcionarios de los tres Juzgados y de distintas jerarquías, no permitiéndose el acceso a otro tipo de información, por ejemplo estadística.

Seguidamente se pasan a transcribir el resultado de las entrevistas realizadas:

Primer entrevistado. Dr. Nelson López (Secretario del Juzgado de Faltas de Primera Nominación Provincial).

Pregunta: ¿Usted cree que el art. 109 del Código de Faltas describe conductas con cierto grado de indeterminación?

Repuesta: *“Sí. Nosotros hacemos cuasi penal, y no tipifica bien porque está muy generalizado, el que hostigue, el que golpee, el que amenace... Digamos que la amenaza para mí es penal. Cuando hay pruebas suficientes de que ha existido una amenaza cierta, cómo te voy a matar, te voy a reventar, quizás fue en presencia de testigos y es más fácil de probar penalmente. Aquí en este ámbito lo que se ve es una amenaza que no llega a tener cierta prueba, más bien es un hostigamiento si hay una repetición de denuncias por amenazas pero que no tienen prueba por ejemplo no hay exhibición de arma de fuego, arma blanca. Es aquella amenaza que no es contundente.*

Generalmente nos mandan todo, para mí la amenaza es uno de los delitos o contravención que está muy indeterminado y no podemos determinar ya sea por falta de pruebas o por no ser específica. Cuando es reiterativa la vemos nosotros y que no sea tan contundente porque cuando es contundente ejemplo le dice te voy a matar y le muestra arma de fuego nosotros nos declaramos incompetente y lo derivamos al área judicial porque hay pruebas suficientes para que se considere delito.

Lo que pasa es que cuando está configurado, tipificado en el Código Penal está amenaza es para mí más un hostigamiento, yo lo sacaría del Código de Faltas.

Este es el criterio que maneja el 1°.

Pregunta: ¿Cuál es el parámetro que tienen para determinar la competencia?

Repuesta: *“En el artículo dice ... (cita el art 109). Toma como lesión lo físico, pero también hay lesión psicológica. Entonces queda mucho al criterio de cada Juez. Nosotros generalmente lo desestimamos porque vienen con poca prueba, y no más de eso, entonces la desestimamos igual que la amenaza telefónica.*

Yo creo que es un tipo penal bastante complejo. Para ellos cuando no hay lesión es fácil enviarlo acá.

O sea que el parámetro que ayuda a determinar la competencia es la dimensión. Cuando hay arma, prueba o testigos para nosotros es delito. Y no me refiero a la calidad de la amenaza sino del volumen.”

Pregunta: ¿Cuál amenaza para usted siempre va a ser un delito y no una contravención?

Repuesta: *“Es cuando es con arma de fuego o blanca, pruebas, fotos del arma, también puede ser arma de juguete pero se considera como verdadera”.*

Pregunta: ¿Y en el caso en el que siempre se va a considerar contravención y no va a ir al área judicial?

Repuesta: *“Yo creo que es la reiteración, que es más un hostigamiento con amenaza digamos. Lo que pasa es que el que te amenaza y te dice te voy a matar no te mata, directamente te mata el que no te había dicho nada”.*

Pregunta: ¿Qué tipo de sanción aplican en su ámbito?

Repuesta: *“Generalmente una multa o trabajo de utilidades pública y el arresto cómo último recurso. Cuando existe desacuerdo en la determinación de competencia, generalmente vienen porque lo han mandado del área judicial, llámese Cavig, Juzgados Correccionales, etc. Consideran y vienen a nosotros y tenemos que verlo, ya que somos cuasi penal nosotros. Y la desestimamos cuando consideramos que no llega a ser amenaza. Y cuando hay cierta prueba y uno se da cuenta si vienen reiterado y decidimos si citarlo o no, o desestimar-lo por falta de mérito, por ejemplo, porque nosotros tenemos un artículo que es el (84 o 184 ver) que lo usamos en esos casos que no se tratan”.*

Pregunta: ¿Recuerda algún caso?

Repuesta: *“No tengo el caso específico pero por ejemplo te voy a matar, te mato a tu hijo, o antecedentes de violencia. Pero cuando es violencia de género o hay relaciones de parentesco lo mandamos a familia directamente por no ser una cuestión de nosotros y a lo penal cuando hay contundencia (cuando es fuerte) en la amenaza.”*

Segundo entrevistado: Dr. Enrique Mattar, Juez titular del Tercer Juzgado de Faltas.

Pregunta: ¿Podría describir para usted la diferencia de amenaza contravención y penal?

Repuesta: *“Se basa básicamente en la tipicidad de la misma, si cumple todos los requisitos que la tipicidad penal exige para la amenaza no cabe*

duda que es penal. Cuando no los cumple a esos requisitos estamos ante una amenaza contravencional. Ejemplo, te amenazó con hacerte una brujería, todo sabemos que es ineficaz, que no va a pasar nada que no va a ocurrir un hecho de sangre de modo que ahí tenemos una amenaza contravencional, lo amenazado no resulta eficaz, cómo que tengo una pistola de agua y te digo que te voy a matar, el medio es ineficaz, es contravencional.

Otro factor a considerar es: ¿Quién la hace y a quién?

Si es un delincuente, una persona con antecedentes penales. Los antecedentes son por violencia o hurto. Si son por violencia que no quepa duda que estoy ante el delito de amenaza. Es un tipo que en sí mismo posee la cabeza preparada para realizar una amenaza. Si la amenaza la produce contra un niño ya me interesa menos si es delincuente, me interesa el conflicto, el conflicto amerita la amenaza.

Puede ser que la haga Mattar, porque le han golpeado a su hija. Mattar no tiene antecedentes y es juez de faltas. En principio si amenaza no va a ser penal, pero ojo, se lo hicieron a la hija, le violaron la hija entonces empieza a tomar connotación delictiva porque aun siendo Juez, él es capaz de matar por su hija y de amenazar y de llevarlo a cabo. Entonces el contexto hace a las pautas.

¿A quién? Si la hace un niño infante, si la hace un niño que ya puede disparar un arma. Y ¿a quién??? A un anciano, etc.

Todos estos elementos, ninguno vale por sí, siempre hay que preferir el delito, nunca quedarse en la contravención. Se debe prever lo máximo pero tampoco podemos llenar los juzgados penales de denuncias de amenaza vecinal, ya que no tiene una entidad. Entonces tenemos que analizar la potencialidad de la persona de llevar a cabo, la de la amenaza en sí, del objeto al que se le va a hacer daño (ejemplo te voy a quemar el auto y no tiene auto, o te voy a quemar tu casa) aquel que tenga el poder para influir en la victoria. Hay gente que se asusta porque voy a ir al brujo y caemos en qué no basta que me influya sino que tenga la idoneidad esa amenaza. Salvo que se trate de un cardíaco que si se va a sentir afectado.

Entonces básicamente este es el criterio de este juzgado”.

Pregunta: ¿Qué sanción aplican en los casos de amenazas que a usted le tocó intervenir?

Repuesta: *“Comprobada la amenaza, cualquiera que sea, aunque no se den los criterios no lo voy a mandar a la justicia penal, pero yo si lo voy a sancionar porque amenazó. Y que esté claro tipificado cómo contravención, porque la amenaza debe ser ilegal, ya que si amenaza que va a denunciar es legal”.*

Tercer entrevistado: Dra. Martha Gerónimo, integrante del 2° Juzgado de Faltas.

Pregunta: ¿Cuál es la diferencia entre el delito de amenaza y la contravención?

Repuesta: *“Hay que distinguir dos cosas importantes que es la naturaleza jurídica de las amenazas en el Código Penal y en el Código Contravencional. Las dos son conductas previstas en ambos regímenes jurídicos y tienen la característica de ser punibles y vulneran un bien jurídico contemplado. La diferencia entre ambos tiene que ver con la gravedad de la conducta. Entonces la primera calificación legal que hay que hacer a una conducta para saber si es delito a contravención tiene que ver con la gravedad. Primero tenemos que descartar que no sea delito para determinar que se trata de contravención.*

En el Código de Faltas está en el 109, siempre que no cause lesiones, eso es fundamental para determinar. Ejemplo el típico escrache donde bastardean a alguien por redes sociales. Entonces es fundamental la gravedad de la amenaza. Hay que tener la capacidad de visualizar cuando tenés el expediente y ver los elementos probatorios y determinar si está comprendido en el art 149 del Código Penal o en el 109 del Código De Faltas, dice para alarmar... Vos fijate por ejemplo una amenaza que por ejemplo hace que una persona se tenga que cambiar de domicilio y no era su voluntad. O es tan grande que se le hace imposible seguir conviviendo, la acosa constantemente, eso es un delito no contravención y cuando el daño psicológico que le produce porque la persona vive amedrentada eso no es una contravención, o una simple ofensa como un insulto que es aislado o que se excedieron en las palabras que eso se considera contravención, pero ya cuando excede de ese ámbito es un delito penal y si hay una mezcla de los dos lo penal siempre subsume a lo penal, lo absorbe, lo contravencional queda subsumido y tiene que entender un Juez penal porque hay de las dos. Entonces la gravedad del hecho determina que

sea penal, pero queda a criterio del Juzgado, porque a veces la policía que es quien toma la denuncia te lo mandó calificado pero con una mala calificación. Es acá donde lo determinamos cuando evaluamos el expediente.

Además hay una cosa más, si usa arma ya está descripto en el Código Penal. Ya sea con arma o anónima la amenaza. Ejemplo que se amenaza a un funcionario para obtener beneficios o que se mudé de domicilio o trabajo, es claramente delito, vemos que la gravedad de la amenaza lo determina”.

Pregunta: *¿Le parece que es una figura indeterminada?*

Repuesta: *“No. Las figuras jurídica contienen para su tipicidad determinados parámetros que son los lineamientos alrededor de los cuáles no puede extralimitar pero eso depende de las circunstancias, no sé puede tomar aisladamente, depende de las circunstancias del caso y del Juez que es siempre quien interpreta las normas y por eso se aplica el criterio de la sana crítica a través del cual el Juez examina la conducta y los elementos que la rodea, las circunstancias, la persistencia, si hubo otro tipo de conductas. Se cita al perjudicado y si no viene y aporta elementos probatorios que muestren que es fehaciente.”*

Pregunta: *¿Para ustedes cual sería el parámetro para determinar la competencia?*

Repuesta: *“Si hay que considerar la gravedad pero no aisladamente sino en el contexto de la causa, la situación elementos probatorios, las veces que se repitió, si hubo armas, si la hizo cambiar condiciones de vida, si vive asustada, atemoriza si significa paralización de su vida, etc. Eso se considera a los fines de determinar la gravedad y ni es uniforme, porque depende cada juzgado cambia la consideración, sin salirse de lo establecido por la norma.*

En cuanto a la sanción siempre nos atenemos a lo que estable el Código. En esos parámetros podés imponer una o todas.”

Pregunta: *¿Recuerda algún caso?*

Repuesta: *“Una persona que vivía en su domicilio y tenía un negocio en los dos inmuebles de los costados le pertenecían a la misma persona, ella tenía un negocio de ropa, no quería no salir a la calle. Atemoriza por las agresiones constantes, insultos, le estacionaban la camioneta en la vereda, le tapaban el negocio y era constante, cada vez que pasaban. Cuando vino a declarar sentí que la estaba re victimizando porque estaba en un estado*

psíquico terrible, ella tenía miedo hasta de denunciar. Tenía un amedrentada ni era un hecho aislado, estaba asediada no quería salir, había cerrado el negocio y se quería mudar, su medio económico era su negocio y tampoco se podía mudar porque al cerrar su único medio de vida no tenía dinero, entonces no era una simple amenaza era un delito y se autores múltiples porque toda la familia la hostigaba”.

Resultados

Dada la hipótesis del trabajo de la investigación, se indican las siguientes confirmaciones y refutaciones, a saber:

1).- Es necesario postular criterios de distinción ontológica entre delitos y contravenciones en la medida en que la forma federal de Estado adoptada por nuestro país confiere competencia legislativa federal o local (comprensiva de la provincial, Ciudad Autónoma de Buenos o municipal) según se trate de legislar en materia de delitos o de contravenciones.

2).- En el delito regulado en el art. 149 bis, primer párrafo, del Código Penal, las amenazas deben tener la finalidad de “alarmar o amedrentar” a una o más personas. Esto implica que la acción del sujeto activo debe estar dirigida a infundir miedo o atemorizar al sujeto pasivo.

3).- En cambio, en el caso de las coacciones (art. 149 bis, segundo párrafo, del Código Penal) la amenaza se anuncia con el objeto de lograr que la víctima se comporte de una determinada manera.

4).- En ambos casos, aunque las figuras penales no lo mencionen expresamente, es necesario que la amenaza sea grave, que se anuncie con seriedad, ya que de lo contrario no es posible amedrentar o motivar una decisión. De no ser así, jamás podría lesionarse la libertad psíquica o para determinarse del sujeto pasivo, es decir, los bienes jurídicos cuya afectación exigen los tipos penales de amenazas y coacciones, respectivamente.

5).- El Código de Faltas de la Provincia de San Juan Ley 941-R, regula en su art. 109 la contravención contra la Tranquilidad y el Orden Público llamada hostigamiento, maltrato, y amenazas, sancionando a

sus infractores, principalmente, con penas pecuniarias, y cuya redacción, a priori, resulta confusa al referir a conductas de intimidación o amenaza, asemejándose, por tanto, a las figuras delictivas penales antes referidas.

6).- Los parámetros para determinar la distinción entre el delito y la contravención de amenazas la mayor de las veces quedaría en manos de los operadores del sistema penal y contravencional, respectivamente, conforme al criterio subjetivo que creen para el caso en concreto, conforme a las circunstancias que rodean el caso en concreto.

7).- Las amenazas de muerte tienen un claro sentido delictivo que caen en la órbita de la justicia ordinaria.

8).- Asimismo, las amenazas proferidas con armas de propias e impropias también caen en el ámbito del derecho de fondo.

9).- Los simples hostigamientos son siempre tomados con contravenciones.

10).- Cuando existen pruebas suficientes de que ha existido una amenaza cierta, eminente, futura y seria, entonces la amenaza entra en el ámbito del Derecho Penal.

11).- La peligrosidad y principalmente el contexto son parámetros a tener en cuenta para imputar a una persona por amenazas según el Código Penal.

Conclusión

Por último cabe preguntarse si se pudo contrastar y por tanto confirmar o no, en la realidad, a través del trabajo de campo desplegado, la hipótesis planteada al inicio de este proyecto de investigación.

A tal efecto debe recordarse que el puntapié inicial de nuestro trabajo, sostenía la existencia de una redacción confusa del art. 109 de la Ley 941 - R- Esta Ley no es otra, que el Código de Faltas de nuestra provincia de San Juan y en su art. 109 tipifica una contravención que sanciona las conductas que atentan contra la Tranquilidad y el orden público, rezando en su parte pertinente: “ El que hostigue, maltrate física, psicológica o moralmente, golpee, amenace o ejerza sobre otra

persona violencia, siempre que no cause lesiones, será sancionado conjunta o alternativamente con pena de multa, ...trabajo comunitario y/ o arresto de hasta 30 días...”.

También se planteaba en la hipótesis que esta redacción confusa impide contar con parámetros objetivos - cuantitativos y cualitativos - para determinar si la conducta anoticiada se encuentra dentro de la esfera de los delitos (amenazas, amenazas agravadas o coacción), tipificadas por el Código Penal o en la esfera de los cuasi delitos, tipificados y sancionados en el ámbito administrativo por el Código de Faltas.

Para poder responder a nuestra hipótesis, debieron cumplirse puntualmente con los objetivos específicos explicitados, tarea que fue desplegada a lo largo de las distintas etapas de esta investigación, las cuales fueron puestas en conocimiento en distintas oportunidades a lo largo del desarrollo del presente proyecto.

Es que resultó claro, a través no solo de las estadísticas que se brindaron desde la Unidad Fiscal de Investigación CAVIG, sino especialmente al relevarse datos con los actores del sistema tanto en sede administrativa como en sede judicial, que efectivamente la redacción del art. 109 de la Ley 941 - R- resulta confusa.

La falta de claridad aludida permite a los diferentes agentes encargados de administrar justicia, en sus respectivas esferas de competencia, aplicar parámetros disímiles a la hora de evaluar conductas. Esto sume al ciudadano común en un estado de inseguridad e indefensión, porque en definitiva la redacción confusa de la norma acarrea la inobservancia del principio de legalidad y tiene como clara consecuencia un grado de discrecionalidad exacerbado contrario a nuestro estado constitucional de derecho.

Lo dicho, no implica en lo más mínimo una crítica de índole personal a quienes tienen la obligación de ejercer estas funciones jurisdiccionales. Todo lo contrario. Nuestros Fiscales, Jueces y Jueces de Faltas, tal como surge de las entrevistas plasmadas en la investigación, intentan brindar respuestas a los justiciables y aplicar criterios objetivos de imposición de la norma, haciendo malabarismos jurídicos con la letra y el espíritu de las normas en cuestión. Buscan en todo momento

contener y responder a quien plantea un problema, haciendo uso de diversos resortes estatales e instrumentos jurídicos. Circunstancias que tornan difícil la tarea de los operadores jurídicos a la hora de tener que determinar la vía correspondiente, pero de acuerdo a la letra de la norma y al criterio propio del mismo le sirve de guía a la hora de tomar una decisión en definitiva del camino por el cual transitar, es decir, por la vía administrativa o judicial.

Respecto a lo planteado en el párrafo que antecede, debe destacarse que cada funcionario entrevistado proponía salidas alternativas, cuando consideraba ajena al ámbito penal la amenaza alegada. Dan cuenta de cómo articular con organismos como la Dirección de las mujeres, género y diversidad, la solución al conflicto, sin perjuicio que instrumentos como los formularios de protección, quedan librados a la decisión del Juzgado de Familia en turno. De esta manera la víctima obtiene respuestas tanto del poder ejecutivo como del mismo poder judicial, si bien en el ámbito civil.

Es decir, si el operador jurídico no considera que se trate de un delito que merezca ser tratado en la vía judicial, esa persona encuentra otra respuesta alternativa para su problema y no necesariamente se va sin obtener alguna respuesta o resguardo por parte del Estado, situación está que en muchos casos, de acuerdo a lo comentado por los ayudantes de fiscales visitados por las alumnas, ha tenido mayor éxito en determinados casos, evitando el desgaste que produce el transitar el proceso penal.

Cabe destacar que son criterios específicos, opiniones en cuanto a casos muy particulares que tendrán en cuenta los operadores una vez evaluados los casos en concreto, donde por su puesto se tendrán en cuenta varios factores que fueron expresados en el desarrollo de dichas entrevistas, como la peligrosidad de quien propina las amenazas, el medio utilizado, etc.

En este punto, resulta por demás significativo, que casi por unanimidad los entrevistados, en sede penal como en sede administrativa, coinciden que el delito de amenazas, se trata de un tipo indeterminado, el cual depende de la valoración casi personal del agente receptor

de la denuncia, no solo para determinar la existencia o no de delito, sino también para decidir la suerte de dicha denuncia: desestimarla o remitirla a la Justicia Contravencional, en caso que estemos frente a un cuasi delito. Siempre en base a lo establecido en la norma, pero valiéndose de su criterio personal para poder decidir la vía o trámite a darle, claro dependiendo de la particularidad del caso.

También ha resultado unánime el criterio referido a que cuando dicha amenaza se profiere esgrimiendo o mostrando un arma (ya sea propia o impropia), la misma, de manera indubitable debe ser entendida como delito y por tanto su investigación y juzgamiento, es propia de la esfera del Poder Judicial. Entendiendo que en ese contexto el arma intensifica la amenaza, produce temor en la víctima, es el hecho de utilizar el arma lo que determina que indubitablemente estamos frente a un delito. Cabe destacar que, en cuento a lo informado por los operadores judiciales como administrativos, dicha amenaza debe tener la entidad y debe haber producido una repercusión en la víctima, en su vida, en sus planes, etc.

Las dudas y diferencias de criterios surgen cuando en la amenaza anoticiada no se encuentran presentes los elementos propios de la misma, es decir que sea grave, injusta, posible, cierta, determinada, o presentándolos no atemoriza a su destinatario o no fue proferida en un contexto que permita tener certeza de su seriedad.

A ello, debe sumarse, que en esta tarea de evaluar cada amenaza puesta en conocimiento de los diferentes organismos, surgen divergencias en cuanto a que debe entenderse como amenaza cierta, por lo que buena parte de los agentes encargados de evaluar las mismas, entienden que estamos ante una contravención cuando carecemos de evidencias que permitan acreditar la existencia de la amenaza misma.

En definitiva, si hay prueba, es delito, si no hay, es contravención. Aunque algún entrevistado opinó que debe también tenerse en cuenta la peligrosidad de quien proviene la misma.

Dicha forma de evaluación (por demás peligrosa) habilita al órgano administrativo a actuar con una arbitrariedad que no es propia de ningún poder del estado, posibilitando la aplicación de sanciones, aún sin acreditar la existencia del hecho en virtud del cual se imponen.

Entendemos que el esmero mostrado durante la presente investigación en cumplir los objetivos específicos planteados, permitió observar la actuación de las Fiscalías; los Juzgados de Faltas, Penales y del sistema de acusatorio. También posibilitó palpar en primera persona, la divergencia en la investigación de cada hecho como así también la falta de criterios uniformes para tipificar dichas conductas, lo que hace más difícil la tarea de quienes están encargados de resolverlas, teniendo en cuenta que estamos hablando de bienes jurídicos que deben ser protegidos en caso de tratarse de un delito, y si deciden derivarlo al ámbito de la contravención estaríamos frente a una vulneración de los mismos y hasta incluso en una falta de acceso a la justicia.

Esto nos lleva no solo a confirmar la hipótesis planteada, ratificando que la norma contravencional que contempla la amenaza se encuentra redactada de manera confusa, sumiendo a los actores del sistema en una situación claramente incómoda y rayana con lo inconstitucional.

Por todo ello, quedamos obligados a poner en foco la necesidad de un estudio profundo de la amenaza, a fin de dar una respuesta social acorde con los tiempos que corren; que aporte parámetros de evaluación claros y objetivos que permita la subsunción de las conductas en los tipos planteados, alcanzando así un doble objetivo: en primer lugar, garantizar al ciudadano su ámbito de libertad donde pueda saber de antemano y con claridad, que está permitido y que no, como así también cual es la sanción esperable ante el incumplimiento y cuál será la autoridad que dilucidará su caso y aplicará la misma.

En segundo lugar, también se dará una respuesta acorde con el bien jurídico lesionado al justiciable, quien encontrará en los órganos estatales una respuesta a su conflicto. Es que tal como puede leerse de las estadísticas aquí plasmadas, la desestimación de una denuncia por amenazas, por no resultar la misma típica en la esfera penal, deja al ofendido con las manos vacías. El conocimiento y profundización en torno a las conductas descriptas por el art. 109 de la Ley 947 - R-, permitirá una reacción estatal acorde con el hecho disvaliosos anunciado, ya que su falta de tipificación en el art. 149 bis del C.P., no implica que sea una conducta plausible o esperable para una sana convivencia

social, adquiriendo en este punto su verdadera dimensión el Código de Faltas, el cual dota a los jueces de faltas del imperio necesario, para investigar y sancionar estas faltas, aún con prisión.

Como sociedad y como juristas nos debemos una profunda reflexión que permita aportar claridad y guía en conductas que en definitiva impiden una convivencia pacífica y que exigen al estado una reacción acorde con la problemática planteada.

Bibliografía

- Aboso, G. E. (2021). *Código Penal de la República Argentina, comentado y concordado con jurisprudencia*, 6° Edición, Ed. B de F.
- Buompadre, J., (2015). *Manual de Derecho Penal Parte especial*. Ed. Astrea.
- Donna, E. A. (2001). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-A*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Donna, E. A. (2012). *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia, Tomo III*.
- Dalesio J., y De Vito M. (2012), *Código Penal Comentado, Anotado y Concordado, Tomo II*, Editorial La Ley.
- Fontán Balestra, C. (2008). *Derecho Penal, Parte Especial, actualizado por Guillermo Ledesma*, Ed. Abeledo Perrot.
- González Guerra, C. M., «¿Coacción, amenaza o libertad?». Una propuesta de distinción entre los tipos penales de amenazas y coacciones», en *Revista de Derecho penal y Procesal penal*, Lexis Nexis, núm. 2/2007 febrero, pp. 213-226.
- González Guerra, C. M. (2013), *Hostigar, intimidar y maltratar -No siempre es delito!- Delimitación entre los delitos de amenazas y coacciones y la contravención del art. 52 del Cód. Contravencional*.
<https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1690/Hostigar.pdf?sequence=1>.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons.
- Laje Anaya, J. (1978). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Vol. I*, Ediciones Depalma.
- Laje Anaya, J. (1964). *Delitos y Contravenciones*. En Ignacio Winizky (Ed). *Lecciones y Ensayos N° 28*, (pág. 31-47). Universidad de Buenos Aires, Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/28/delitos-y-contravenciones.pdf>.

- Maier, Julio B.J. (2011). *El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionatorio*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28017-derecho-contravencionalderecho-administrativo-sancionatorio>.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas. S. A.
- Soler, S. (1988). *Derecho Penal Argentino, Tomo I*. Ed. Tea, Edición actualizada por Guillermo Fierro.
- Soler, S., (2000). *Derecho Penal Argentino, Tomo IV*, Ed. Tea.
- Tazza, A. (2018). *Código Penal de la Nación Argentina Comentado, Parte Especial, Segunda Edición Actualizada, Tomo II*. Ed. Rubinzal Culzoni.
- Revista de Pensamiento Penal. https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/art_149_bis_amenazas_y_coacciones.doc_pdf.
- Torres Rico, R., (2008). Delitos y contravenciones como factores de criminalidad y de perturbación de la convivencia social. *Revista Criminalidad*, ISSN-e 1794-3108, Volumen 50, Número 1, págs. 85-98. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082008000100006.

INCUMBENCIAS Y DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Autora/directora: Dra. Maira Celina Pandiella Cabrera

Auxiliar: Dra. Fernanda Emilse Pandiella Cabrera

Becarias: Maira Alejandra Becerra y Jéssica Elizabeth García Chulia

San Juan

Año 2023

Índice

Resumen	151
Hipótesis de trabajo	152
Objetivo general	152
Objetivos específicos	152
Introducción	153
Metodología	154
Capítulo I. Discusión	155
1. Sobre el problema objeto de la investigación	155
2. Actividades realizadas. Análisis de los resultados obtenidos	155
Capítulo II. Conclusión	161
1. Resultados	161
2. Articulación y transferencia de los resultados	163
3. Autoevaluación	164
Utilización de recursos. Bibliografía	165
Uso de material bibliográfico:	165

Resumen

Se observa la necesidad de generar, difundir, actualizar y sistematizar la información tanto pública como privada en materia de discapacidad, y efectuar un seguimiento del conocimiento, interpretación, aplicación y cumplimiento en los distintos ámbitos, de las cláusulas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por la Ley 26.378 y así poder vislumbrar el panorama completo y real de los contextos donde deben vincularse quienes transitan una contingencia transitoria o permanente.

La Seguridad Social se ha convertido en una de las ramas más dinámicas en el ámbito económico/social, el predominio actual de la empatía traslucida en una multiplicidad de espacios propicia la divulgación, la desconstrucción, la simplificación y la concepción de nociones, reglas, miradas, y apoyos que posibilitan un idóneo y accesible acceso de justicia y a la justicia en pro de un rol social independiente y digno de la persona con discapacidad.

La coordinación docente, la ejecución académica y el intercambio de información entre los agentes sociales colaboran en la operatoria de ensamble y validación de las acciones, para así poder contribuir al incremento de la vinculación y conexión de los diferentes organismos y partícipes de la Seguridad Social, enfatizando en los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos que habilitan al pleno ejercicio de la individualidad, a la habilitación de ámbitos de incumbencia.

La confianza cumple un rol fundamental, pues la certeza de la creencia del poder hacer, la convicción de la existencia de espacios de realización, como la aceptación social consciente de la equidad, abre caminos impensados de desarrollo y de inclusión.

Palabras claves: Seguridad Social, Discapacidad, Incumbencias, Salud Mental, Inclusión

Hipótesis de trabajo

Confirmar la inadecuada y/o incompleta aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, ratificada por la Ley Nacional N° 26378, en lo atinente a la construcción social de la integralidad y aceptación de la diversidad, debiendo reformularse los apoyos, mecánicas y los objetivos para lograr una acertada incumbencia de las personas con discapacidad.

Objetivo general

El seguimiento de la aplicación y cumplimiento en los distintos ámbitos, de las cláusulas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, ratificada por la Ley Nacional N° 26378, como la construcción social de la integralidad y aceptación de la diversidad, mediante la recopilación y análisis de la información, la clínica jurídica técnica del equipo con carácter voluntario y vocación de servicio.

Objetivos específicos

Recolectar, procesar, registrar y analizar información sobre discapacidad; identificar factores sociales, culturales, económicos y políticos que influyan negativamente en la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad; crear una red de información y difusión a la ciudadanía los datos relevados, estudios y actividades de la observación, mediante publicaciones y participaciones; examinar las buenas prácticas en materia de inclusión de la discapacidad y las experiencias innovadoras en la materia y difundirlas a los fines de ser adoptadas por los alumnos; fomentar y promover la organización y celebración periódica de debates públicos, con participación de alumnos, instituciones académicas, medios de comunicación, organizaciones, fomentando el intercambio de experiencias e identificando temas y problemas relevantes para la agenda pública; brindar capacitación, asesoramiento y apoyo técnico a los agentes; y articular acciones con los profesionales del derecho.

Introducción

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, ratificada por la Ley Nacional N° 26378, establece un marco normativo y ético para garantizar el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Sin embargo, su aplicación efectiva en el ámbito nacional requiere de un compromiso político, social e institucional que reconozca la diversidad como un valor y la inclusión como un principio.

Asimismo, se necesita de una articulación intersectorial y multidisciplinaria que permita diseñar e implementar políticas públicas integrales y transversales que respondan a las necesidades y demandas de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida. En este sentido, la Seguridad Social juega un rol clave, ya que brinda prestaciones y servicios que contribuyen a mejorar la calidad de vida, la autonomía y la participación social de las personas con discapacidad. Para ello, es fundamental que la Seguridad Social se base en criterios de universalidad, solidaridad, equidad y accesibilidad, y que se adapte a las características y requerimientos específicos de cada persona con discapacidad. Así, se podrá avanzar hacia una sociedad más justa e inclusiva, donde se respeten los derechos y se reconozcan las capacidades de todas las personas.

Es prioritario contribuir al desarrollo de la investigación y la formación en el campo de los derechos de las personas con discapacidad, desde una perspectiva jurídica y social; analizar el grado de cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, así como las normas nacionales e internacionales que la complementan; y capacitar a los miembros de la comunidad universitaria en esta temática, para promover la articulación entre los distintos actores involucrados y fomentar la participación activa de las personas con discapacidad en los procesos de toma de decisiones.

Metodología

Este trabajo utilizó mayoritariamente una metodología cualitativa basada en la comprensión de los significados sociales, las experiencias personales y las percepciones de los actores que en este caso son las personas con discapacidad. Esta metodología se aplicó con el objeto de analizar las barreras y los facilitadores que encuentran a diario estas personas para ejercer su ciudadanía en forma plena y para participar activamente de la sociedad. La labor llevada a cabo se sustenta en un marco teórico que reconoce a cada uno de estos intervinientes como sujeto de derecho, y que adopta el enfoque de derechos humanos y el modelo social de la discapacidad como referentes normativos y conceptuales.

El diseño de la investigación es de tipo exploratorio-descriptivo y se ha utilizado en algunas etapas una metodología mixta combinando técnicas cuantitativas y cualitativas para recabar mayores datos.

Se ha hondado primeramente en el análisis del contenido general, luego sectorizándolo por grupos o ámbitos de aplicación para finalmente utilizarlo en entrevistas, esto logró recoger opiniones y vivencias de las personas con discapacidad, su ambiente y entorno familiar/emocional y profesional relevante. A partir del análisis e interpretación de los datos recabados se pretendió identificar los principales desafíos y oportunidades que enfrentan para acceder a sus derechos en diferentes ámbitos, como la educación, el trabajo, la salud, la accesibilidad, la cultura y el ocio.

El aporte más significativo que se ha pretendido es generar recomendaciones, propuestas de acción y transferencias académicas que contribuyan a mejorar la situación de este colectivo y promover una sociedad más inclusiva e igualitaria.

Capítulo I. Discusión

1. Sobre el problema objeto de la investigación

La creación de un observatorio jurídico que analice las dificultades normativas y sociales que enfrentan las personas con discapacidad en su cotidianidad, proponga soluciones viables y defienda sus derechos de integración social y profesional es una demanda urgente y justa.

Si bien existe una ley provincial (N° 1237-S) que establece el Observatorio de la Discapacidad bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Humano y Promoción Social, o sus eventuales sucesores, esta ley no se ha implementado ni aplicado efectivamente, por lo que se requiere ampliar su alcance a la educación sobre las normas y la sensibilización sobre la necesidad de herramientas que garanticen el ejercicio pleno de las competencias propias de las personas con discapacidad.

Esta propuesta busca generar conocimientos, explorar estrategias y enfoques innovadores y diferentes que permitan transformar la percepción y el manejo de las relaciones con y de personas con discapacidad, creando y promoviendo un programa integral/técnico ad honorem conformado por profesionales locales y estudiantes avanzados de la carrera de Abogacía, contribuyendo así a la formación profesional de los educandos y extendiendo académicamente su labor a la población.

2. Actividades realizadas. Análisis de los resultados obtenidos

En doce meses, cada trimestre tuvo su sello en la presente labor:

A. Primer Trimestre

Durante los primeros tres meses del año, se diseñó el plan de trabajo basado en la asignación de roles y la adecuación de las ideas iniciales a la realidad, partiendo de un esbozo de prestaciones, asignaciones,

derechos, responsabilidades y normas que debían regir el proyecto, enfrentándonos con la falta de articulación entre los actores, los medios, las normas vigentes y los derechos reclamables.

Se elaboró una propuesta de encuesta que permita obtener datos de personas con discapacidad y así conocer las verdaderas desigualdades que existen, siempre desde la perspectiva de la discapacidad como desventaja en el ámbito social, las estrategias informales o empíricas que utilizan para prevenir y superar los obstáculos que se les plantean, que saben sobre el concepto de “apoyo”, cuáles son las funciones que deben cumplir quienes fueron asignados como apoyos, que actividades pueden realizar por sí mismos y a donde deben acudir para solicitar el respeto de sus derechos.

También se seleccionaron dos becarias para formar parte del proyecto en miras a colaborar con la generación de nuevos conocimientos que complementen el presente proyecto; se convocó a la participación de alumnos no becarios que estén cursando el último año de la carrera Abogacía, que quieran profundizar el conocimiento y la práctica en Seguridad Social y ayuden en el seguimiento procesual de las cuestiones.

B. Segundo Trimestre

En este segundo trimestre, se buscó un eslogan que identificara el proyecto y facilitara su difusión y planificación, priorizando la comunicación constante a través de medios personales, videollamadas, grupos de Whatsapp y Telegram. Se realizaron cuatro reuniones formales.

En la primera y segunda reunión se definieron los objetivos de la información que se quería obtener, los lugares donde se recogerían y el cuestionario a aplicar.

Objetivos:

1. Determinar barreras recurrentes.
2. Género y rango etario de quienes se permiten interactuar con la discapacidad,

3. Percepciones, conocimientos y actitudes en relación con las personas con discapacidad,

4. Concepciones y/o asociaciones.

Cuestionario para entrevistas:

1. ¿Tiene discapacidad?
2. ¿Conoce que tipo?
3. ¿Que la originó?
4. ¿Como lo/la tratan otras personas?
5. ¿Como lo/la miran las personas?
6. ¿Qué es lo que más le pregunta la gente?
7. ¿Su familia lo/la apoya?
8. ¿Tiene formación académica?
9. ¿Le cuesta relacionarse con otras personas?
10. ¿Dónde considera que le colocan más impedimentos?

LUGARES: ARID (Asociación para la Recuperación e Inclusión de las Personas con Discapacidad) y ANDARES (Centro de Día).

Se entrevistaron de manera presencial a jóvenes que asistían a ambos lugares. A partir de las entrevistas, se elaboraron dos encuestas en formulario Google para compartir por redes sociales, usando el método cuantitativo para obtener información objetiva sobre las preocupaciones de las personas con alguna incapacidad, sus apoyos y familiares.

Se partió de dos posiciones distintas: los que creían que NO tenían una discapacidad completaban una encuesta y los que creían que SI la tenían respondían otra, permitiendo conocer además de la información, la percepción de la persona. El resultado fue sorprendente para el equipo, la mayoría de los participantes que tenían una discapacidad visible no se reconocían como tales en la primera encuesta; además, muy pocos expresaron haber aceptado su condición, lo que indicaba que el primer obstáculo para la inclusión era la negación personal. Al principio, hubo poca participación, pero cuando se les aseguró que la encuesta era anónima, empezaron a responder, revelando su temor a hablar sobre el tema.

Los resultados colectados de los enlaces <https://forms.gle/69CH39EZEYk4gtfT9> y <https://forms.gle/PG8Lymxmd1YdajAD6> fueron:

En la tercera y cuarta reunión se acordó capacitar al equipo y desarrollar las habilidades de comunicación oral para mejorar el desempeño de las entrevistas y las orientaciones que se deben brindar a las personas con discapacidad y su entorno para el desarrollo del trabajo, teniendo en cuenta sus ritmos, sus dificultades, sus barreras, sus inquietudes y sobre todo sus necesidades.

Para ello se organizó un Conversatorio en la UC – Sede San Juan con estudiantes que asistieron y/o cursaron la asignatura Derecho de la Seguridad Social y que ya tuvieron contacto con personas con discapacidad, compartiendo también experiencias de forma indirecta, estableciendo que el tema sería la Ley de Salud Mental, los aspectos relevantes del cambio de enfoque, las implicaciones y la comparación contextual del antes y el después de su modificación, aplicados de manera práctica a casos de conocimiento público, como disparadores del encuentro.

C. Tercer Trimestre:

En esta etapa se presentaron los resultados de dos casos de estudio sobre la inclusión de personas con discapacidad en diferentes ámbitos sociales, educativos y laborales. Se analizó el grado de cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, así como los obstáculos y facilitadores que encuentran las personas con discapacidad para ejercer sus derechos y participar plenamente en la sociedad, concluyendo que, si bien se han logrado avances normativos y de concienciación, aún persisten barreras actitudinales, culturales, económicas y estructurales que limitan la inclusión efectiva de las personas con discapacidad y su reconocimiento como sujetos de derecho.

El equipo de investigación siguió el progreso de las terapias, las coberturas médicas y asistenciales, los entornos familiares, recreativos

y sociales, y las preferencias y necesidades de Martín Malla (Trastorno del Espectro Autista). Se observó que la falta de conocimiento sobre los derechos y la cobertura integral que establecen las leyes 22.431, 24.901, 26.378, 27.044, 23.592 y 25.280, así como los tratados con rango constitucional (según el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) y las demás normas y principios vigentes (pro homine, in dubio pro justitia socialis, no regresión en materia de derechos humanos, etc.) que exigen la cobertura total de las prestaciones básicas que requieren las personas con discapacidad, generan obstáculos burocráticos e injustificados para el acceso a las diferentes áreas.

El equipo asesoró a sus padres sobre la importancia de fomentar el desarrollo de sus habilidades sociales y escolares, y se solicitó a la obra social OSPRERA un acompañante terapéutico para facilitar la participación en otros ámbitos fuera de la institución escolar (como un deporte, salidas sociales o educación artística). Ante la falta de respuesta de la prestadora de salud y la intimación basada en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se inició un expediente para la obtención del beneficio.

En cuanto al segundo caso de estudio, la Sra. Silvina Quiroga Florez (Estrabismo con lente intraocular, posible trasplante de córnea) retiró su consentimiento para que el equipo de investigación siguiera acompañando su caso.

Producto del actuar coordinado con el área de Extensión Universitaria se comenzó con un asesoramiento informativo sobre las variantes del régimen de Curatela/Restricción de la Capacidad, trayendo a estudio, por presentación espontánea e iniciativa de una vecina, Felipa Carina Villegas, una novedosa realidad que se vive en la zona de la Chimbera, departamento 25 de Mayo de la provincia de San Juan, donde existe una comunidad numerosa de personas con discapacidad que no tienen cabida social y permanecen segregadas de la vida civil. El equipo de trabajo colaboró con la elaboración del proyecto institucional, que incluye el uso de caballos como recurso terapéutico, y gestionó ante el intendente la asignación de un terreno para el emplazamiento del centro. Además, se realizó una campaña

vecinal para la donación de animales, logrando obtener diez (10) caballos, ocho (8) hembras y dos (2) machos, que aseguran la sustentabilidad y el crecimiento del proyecto. Este proyecto representa una oportunidad para ampliar los derechos, los mecanismos, los modos de acción y la incidencia de las personas con discapacidad y sus apoyos, impulsando una transformación social necesaria.

Se realizó un breve estudio del grupo poblacional vulnerable, mediante un censo a caballo, que reveló que había una persona con discapacidad a cargo por cada 20 familias. Este

informe permitió solicitar al Ministerio de Gobierno de la provincia de San Juan los recursos necesarios para cubrir los gastos de profesionales kinesiólogos, médicos y profesores de educación física.

Fue muy valioso poder colaborar con el aumento de las posibilidades existentes, la adaptación y el crecimiento de los apoyos para afrontar los desafíos de la integración plena de los sujetos en la sociedad, esto permitirá ver si hay o no cambios comparativos en las responsabilidades y decisiones de las personas con discapacidad y, sobre todo, en su entorno.

La relevancia de lo académico y técnico fue determinante en este periodo.

D. Cuarto Trimestre:

En este tramo final el trabajo consistió en la revisión de la información colectada, el ordenamiento de los datos dejando de lado lo prescindible y en la elaboración del informe final y la presentación de las conclusiones.

El abordaje para la realización del proyecto de equinoterapia en la Chimbera, departamento 25 de mayo – San Juan, como modalidad de rehabilitación utilizando el caballo como medio para mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en zonas rurales, partió de examinar la requisitoria dispuesta por la normas vigentes, las que incluyen además de la formación específica con conocimientos teóricos y prácticos sobre las características particulares de este tipo

de personas, los beneficios del contacto con el caballo, las técnicas de monta adaptada y las medidas de seguridad e higiene; precisan contar con un equipo multidisciplinar formado por profesionales de la salud, la educación y la equitación que puedan evaluar las necesidades de cada usuario, diseñar y ejecutar los planes de intervención, hacer un seguimiento de los resultados, y tener caballos seleccionados y entrenados que sean dóciles tranquilos sanos y bien cuidados que se adapten al nivel y a las características de cada usuario.

Hasta ahí el proyecto, no encontraba ninguna dificultad de realización, el inconveniente se presentó cuando se debió cumplir con la requisitoria de un espacio adecuado para realizar las sesiones de quiromioterapia ya que la normativa requiere tener una pista cubierta y al aire libre, un área de preparación y cuidado de caballos, un vestuario y un aseo adaptados, y un lugar para guardar material y documentos.

Las barreras sin dudas fueron las atinentes al espacio físico asignado para el cumplimiento del proyecto ya que se trata de un descampado sin ningún tipo de construcción edilicia mucho menos de la provisión de algún servicio tal como agua potable, luz eléctrica y pozo negro, lo que indefectiblemente al no tener el mínimo elemento requerido (un baño) hace inviable el cumplimiento de la normativa vigente que regula los aspectos vinculados a la formación, acreditación, seguridad, calidad y ética profesional.

Capítulo II. Conclusión

1. Resultados

Del seguimiento realizado a la situación de Martín Malla (caso 1), un niño con Trastorno del Espectro Autista, evaluando el progreso de las terapias, las coberturas médicas y asistenciales, los entornos familiares, recreativos y sociales, y las preferencias y necesidades del niño, se detectó que las principales barreras legales y administrativas que dificultan el acceso a los derechos y la atención integral que establecen las leyes 22.431, 24.901, 26.378, 27.044, 23.592 y 25.280, así como

los tratados internacionales con jerarquía constitucional (de acuerdo al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) y las demás normas y principios vigentes (*pro homine, in dubio pro justitia socialis*, no regresión en materia de derechos humanos, etc.) que garantizan la cobertura total de las prestaciones básicas que necesitan las personas con discapacidad, tiene que ver con la resistencia al cumplimiento de las prestaciones y a la inflexibilidad de los agentes ante los necesarios cambios o adecuaciones que se deben hacer conforme a cada caso en particular, advirtiendo que todo radica en ese enorme desconocimiento que existe sobre la protección en cuanto a derechos y áreas de accesibilidad de las personas con discapacidad y la pobre o inadecuada información

que aceite el mecanismo prestacional de los servicios de salud y los lugares de desarrollo personal. La prueba está en que ante la mínima información y asistencia por parte del equipo, la prestadora de salud cumplió con la petición formulada enmarcada en la necesidad del menor.

Por otro lado, el proyecto pretendido en la Chimbera, 25 de mayo - San Juan, se enfrentó a un obstáculo cuando tuvo que cumplir con el requisito de contar con un espacio adecuado para realizar las sesiones de equinoterapia, ya que la norma exige disponer de una pista techada y al aire libre, un área de preparación y cuidado de caballos, un vestuario y un aseo adaptados, y un lugar para guardar material y documentos.

Las dificultades se relacionaron principalmente con el espacio físico asignado para el desarrollo del proyecto, ya que se trata de un terreno baldío sin ninguna infraestructura edilicia ni provisión de servicios básicos como agua potable, luz eléctrica y pozo negro. Esto hace imposible cumplir con la normativa vigente que regula los aspectos vinculados a la formación, acreditación, seguridad, calidad y ética profesional, al no contar con el elemento mínimo indispensable (un baño).

Este colectivo merece una atención adecuada, que no se limite al proyecto de equinoterapia sino que lo amplíe y lo convierta en un proyecto integral donde se ofrezca apoyo, educación, ocio y salud a las

personas con discapacidad. Se trata de un plan que busque mejorar la calidad de vida de este colectivo y favorecer su inclusión social, aprovechando los beneficios de la interacción con los caballos, pero desde otro enfoque, y otras actividades complementarias.

Es innegable que el objetivo planteado era demasiado ambicioso y difícil de alcanzar, pero también es cierto que reveló una problemática social que no había sido atendida adecuadamente. El proyecto, a pesar de sus limitaciones, logró identificar una demanda insatisfecha y real de la población, y ofrecer una propuesta innovadora y viable para responder a ella.

En vista de los resultados obtenidos y de los beneficios que el proyecto ha aportado a la comunidad, se puede considerar que el plan tiene un valor estratégico y social, y que merece ser continuado y mejorado en el futuro, efectuando las adaptaciones que lo lleven a ser realizable. Esta ha demostrado ser una herramienta eficaz para promover el desarrollo local, la participación ciudadana, la inclusión social y la sostenibilidad ambiental, también ha contribuido a fortalecer la identidad y la cohesión territorial, así como a generar oportunidades de empleo y de mejora de la calidad de vida de los habitantes. Por tanto, se recomienda mantener el compromiso y la colaboración entre los diferentes actores implicados en el proyecto, y seguir evaluando y monitoreando su ejecución y sus impactos, con el fin de garantizar su pertinencia y su adecuación a las necesidades y expectativas de la población, logrando dar respuesta a las necesidades de las personas con discapacidad.

2. Articulación y transferencia de los resultados

La labor ilustró diferentes enfoques sobre la discapacidad, desde el asistencialismo hasta la inclusión. Se emplearon métodos de investigación comparativa, cuantitativa, cualitativa y exploratoria para recabar datos, formular y responder preguntas, y analizar la información obtenida. Se contrastaron las visiones tradicionales y emergentes sobre la discapacidad, sus implicaciones y sus derechos, sus beneficios

y sus costos para la sociedad. Se usó un método comparativo para verificar algunas hipótesis, especialmente la pregunta inicial de la investigación.

Asimismo, se examinaron los legajos de las instituciones involucradas para obtener datos cuantitativos y cualitativos que permiten comprender el fenómeno de la resistencia a reconocer las incumbencias de las personas con discapacidad.

Este ejercicio contribuyó en los becarios al desarrollo profesional del futuro litigante, que debe asesorar a su cliente, evaluar su propio desempeño y ampliar sus recursos intelectuales, personales y prácticos. Se enfatizó la importancia del vínculo con los consultantes y las habilidades de litigación.

3. Autoevaluación

El trabajo colaborativo en la investigación trabajada consistió en analizar casos concretos de personas con discapacidad, sus diagnósticos, terapias, coberturas médico/asistenciales, entornos familiares, recreativos, sociales, preferencias y necesidades; el objeto fue identificar los niveles de conocimiento, conciencia y aplicación de los derechos que tienen, posibilidades, mecanismos, modos de acción, incumbencias y sus apoyos, evidenciando los resultados que existe una brecha entre la normativa legal y la realidad cotidiana, la que requiere ampliar los recursos disponibles para afrontar los desafíos que implica la inclusión social y el respeto a la diversidad funcional.

El equipo de trabajo formado entre estudiantes y docentes logró un aprendizaje activo, crítico y creativo, vinculando entre sí a cada uno de los participantes. Los objetivos, las responsabilidades, los recursos, roles, compromisos mutuos y los resultados fueron compartidos, permitiendo aprovechar la diversidad de conocimientos, experiencias y perspectivas que aportaron cada uno de los miembros.

Indiscutiblemente se aprendió haciendo, construyendo un conocimiento de manera colectiva, generando soluciones innovadoras a problemas planteados

Utilización de recursos. Bibliografía

Las entrevistas, como herramientas principales, fueron utilizadas para la recolección de datos cualitativos. Las interacciones se efectuaron de manera semiestructurada para generar ideas y conceptos.

Las observaciones se llevaron a cabo en los individuos y en su entorno o situación natural.

La recolección de datos fue laboriosa y requirió mucho tiempo, incluyeron notas de campo, grabaciones de vídeo o de audio. Esta mecánica viabilizó una buena relación con los participantes permitiendo una conversación libre, contribuyendo a la obtención de detalles de los datos recolectados.

Cotejo y examen de documentos de archivo y las fuentes gubernamentales que habilitaron a enmarcar la formalidad y el encuadre.

Uso de material bibliográfico:

Constitución Nacional.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

Honorable Congreso de la Nación Argentina: Leyes N° 26378, 20.744 y N° 24.241,

Informes y Relevamientos de la Secretaría de la Seguridad Social de la Nación.

Informes y Relevamientos de la Coordinadora de Cajas de Previsión y Seguridad Social para profesionales de la República Argentina.

“Discapacidad Intelectual y reclusión”, Juan Antonio Seda – Ed. Novoduc
“Autismo y Derechos en el Sistema Público de Salud de la Ciudad de Buenos Aires”, Enrique Luis Suarez – Ed. Visión Jurídica.

“Discapacidad y Accesibilidad en la Educación Superior”- Juan Antonio Seda

Revista Académica Discapacidad y Derechos – UBA.

“Actuación profesional – Amparos de Salud” de Luis R. Carranza Torres. Ediciones dyd. 2020