

# DERECHO & DEBATES

ISSN: 3008-7511

PUBLICACIÓN DEL  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS  
ECONÓMICAS, JURÍDICAS Y  
SOCIALES DE LA UNSL.

VOL. 2 N° 1. SEPTIEMBRE DE 2024

**FCEJS**

Facultad de  
Ciencias Económicas,  
Jurídicas y Sociales



Universidad  
Nacional de  
San Luis

# DERECHO Y DEBATES

ISSN: 3008-7511

Revista del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales  
Universidad Nacional de San Luis

## **CONSEJO EDITORIAL:**

**DIRECTOR:** Dr. Daniel G. Gorra

**SECRETARÍA DE REDACCIÓN:**

Dra. Marta S. Julia

Mg. Mónica Busseti

Lic. Ana Laura López Piatti

**EDITORA:** Lic. Sol Antonella Maldonado Berlo

**COORDINADORES:**

Ab. Aldana Romano

Ab. Martín Pérez Ranieri

## **CONSEJO ASESOR**

Dra. Gabriela Scataglini (Universidad de Buenos Aires)

Dra. Verónica Rodríguez Blanco (Universidad de Surrey, Inglaterra)

Dr. Federico Arena (CONICET)

Dr. Giovanni Battista Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Dr. Cristian Altavilla (CONICET)

Dr. Diego León Gómez (Universidad Santiago de Cali, Colombia)

Dr. Guillermo Lariguet (CONICET)

Dr. Sebastián Agüero San Juan (Universidad Austral de Chile)

Dra. Gloria Trocello (Universidad Nacional de San Luis)

Dr. Yussef Becher (Universidad Nacional de San Luis / CONICET)

Dra. Ma. Eugenia Perez Cubero (Universidad Nacional de San Luis / CONICET)

Dra. Candela Villegas (U. Siglo XXI / CONICET)

Dr. Luciano Laise (CONICET)

Dr. Enrique Nieto Cáceres (Universidad Nacional Autónoma de México)

Dr. Gustavo Arocena (Universidad Nacional de Córdoba)

Dra. Márcia Miranda Soares (Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil)

Dr. Matías Parmigiani (CONICET/Universidad Nacional de Córdoba)

Derecho y Debates es una publicación del Departamento de Ciencias Jurídicas y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Luis. Publica trabajos vinculados a las ciencias jurídicas, ciencias políticas y filosofía. Además, apartados para reseñas bibliográficas y comentarios a fallos. Para ser publicados los trabajos son condiciones necesarias el rigor conceptual y la originalidad. Su sistema de arbitraje es ciego y con evaluadores externos. Se publica semestralmente cada año. La Revista se encuentra indexada en LatinREV y vinculada al identificador de artículos científicos ARK-CAICYT.



## INDICE

SENTENCIAS EN LENGUAJE CLARO Y PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD . <b>Helga María Lell</b> .....	7
TIPOLOGÍA Y ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS DESOBEDIENCIAS EXTRAORDINARIAS. <b>Elina Ibarra</b> .....	19
¿ EL ESTADO DE NECESIDAD ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO? <b>Hernán Diego Herrera</b> .....	43
MUJERES. GÉNERO Y DIVERSIDAD. SU DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO ANÁLISIS DEL CONVENIO 190 DE LA OIT. <b>Silvina Victoria Marrau</b> .....	69
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA LABORAL. <b>María Sofia Porta Elías</b> .....	81



# SENTENCIAS EN LENGUAJE CLARO Y PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD

JUDGMENTS IN PLAIN LANGUAGE AND PERSONS IN CONDITIONS OF VULNERABILITY

**Helga María Lell<sup>1</sup>**

Universidad Nacional de La Pampa / CONICET  
helgalell@cpenet.com.ar

## **Resumen**

Este trabajo se concentra en un conjunto de sentencias que se califican a sí mismas como comunicadas en lenguaje claro en los años 2018 y 2021 bajo el formato de una misiva. En estas sentencias, los jueces mencionan que realizan la comunicación de conformidad con las Reglas de Brasilia para brindar acceso a la justicia a personas en condiciones de vulnerabilidad. El objetivo es traer a colación reflexiones que muestran que a pesar de la auto-denominación como “claras” estas misivas no responden a los parámetros propios del lenguaje claro ni tampoco se explicita por qué la selección de estrategias comunicativas en relación con una condición de vulnerabilidad de las personas destinatarias aclararía el mensaje. Este artículo se estructura en un apartado sobre lenguaje claro, otro que se refiere a las personas en condiciones de vulnerabilidad en el que se presentan las Reglas de Brasilia y finalmente el abordaje de párrafos que resultan problemáticos por diferentes razones.

## **Palabras clave**

Lenguaje claro; Vulnerabilidad; Personas; Sentencias

## **Abstract**

This paper focuses on a group of judgments that characterize themselves as written according to plain language under the format of a missive. In these judgments, the judges mention that they communicate in plain language and that they follow the Brasilia Rules in order to provide access to justice to persons in conditions of vulnerability. The aim is to bring up reflections that show that despite the self-designation as "plain" these missives do not respond to the parameters of plain language, nor is it made explicit why the selection of communicative strategies in relation to a condition of vulnerability of the addressees clarifies the message. This paper is structured in three parts: one dedicated to plain language, one to persons in conditions of vulnerability according to Brasilia's Rules and one to the paragraphs that are examples of problems on plain language uses.

## **Key words**

Plain Language; Vulnerability; Persons; Judgments

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho (Universidad Austral), Magíster en Filosofía (Universidad Nacional de Quilmes); Magíster y Especialista en Estudios Sociales y Culturales y Abogada (Universidad Nacional de La Pampa). Investigadora Adjunta de Conicet. Profesora Titular de Filosofía del Derecho y del Taller de Argumentación Jurídica y Debate (FCEyJ, UNLPam). Conicet; Universidad Nacional de La Pampa; Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Santa Rosa, Argentina  
[helgalell@conicet.gov.ar](mailto:helgalell@conicet.gov.ar) <https://orcid.org/0000-0001-7703-6341>

## Introducción

El lenguaje claro ha sido definido como un movimiento que tiende a lograr que los mensajes jurídicos sean elaborados de manera tal que quien lee pueda encontrar fácilmente la información que busca, comprenderla y utilizarla. Por ello, pone en primer lugar al receptor del mensaje ya que la redacción debe ser elaborada conforme a las posibilidades de lecto-comprensión de este.

Históricamente, el lenguaje jurídico se ha configurado como una lengua de especialidad, esto es, como un tecnolecto (Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, 2017) por necesidad como forma de ganar precisión técnica y disciplinar. Los ámbitos jurídicos tienen sus propios códigos. El lenguaje, como campo simbólico, no ha quedado fuera de una apropiación exclusiva y excluyente. No obstante, el lenguaje jurídico se encuentra en un espacio intermedio ya que se comparte por los profesionales que asesoran y representan a las partes y los jueces y funcionarios que intervienen en los procesos, por un lado, y por los ciudadanos afectados directamente y por otros interesados de manera mediata (como puede ser, por ejemplo, el periodismo en casos mediáticos o con resonancia colectiva), por el otro. Sin partes, que generalmente son legas, un proceso jurídico no tiene sentido. Sin embargo, estos suelen quedar excluidos de la posibilidad de comprender lo que ocurre en la toma de decisiones sobre sus conflictos (Bottiglieri, 2020; Gutiérrez Álvarez, 2010).

Mientras que el lenguaje técnico puede ser útil (y a veces críptico también) para quienes se han formado en las ciencias jurídicas, para los ciudadanos de a pie puede resultar inaccesible. Comprender qué significan expresiones como “non bis in idem”, “interposición extemporánea de la excepción”, “refrenda este criterio la circunstancia de que el art. 409 de la ley ritual prevé este supuesto”, entre otras, puede ser dificultoso por muchos motivos que abarcan desde una redacción deficiente (de estilo usual en el ámbito jurídico, pero deficiente, al fin y al cabo, en cualquier ámbito hispanohablante) a la proliferación de tecnicismos y hasta incluso a la invocación de una lengua que no se encuentra en el habla activa, como es el latín. En ese marco es que surge la necesidad de promover un lenguaje jurídico claro o con una estructura sencilla con el fin de brindar un mayor y mejor acceso a la justicia para los ciudadanos (Arenas Arias, 2018).

Además de acercar la ciudadanía a las instituciones jurídicas, el lenguaje claro tiene como fin permitir que los individuos puedan entender qué sucede con sus derechos y obligaciones y, cuando se trata de procesos judiciales, permitir el control de los actos procesales más allá de la mediación de los profesionales del derecho que los acompañan. No obstante, cuando se observan manuales, protocolos o recomendaciones sobre lenguaje claro para ser aplicado a textos jurídicos (en particular, sentencias), suele ocurrir el problema de que los consejos oscilan entre recomendaciones que hacen a la modernización de los términos utilizados o bien simplemente a escribir en un español lo más correcto posible. En algunas ocasiones, sí se brindan recomendaciones que, más que a la corrección, apuntan a allanar la redacción.

No obstante, existe un problema en relación con las sentencias que suelen auto-indicarse como redactadas en lenguaje claro que consiste en que los emisores de dicho mensaje llevan a cabo más bien una comunicación plagada de calificativos que evalúan hechos en términos no jurídicos y de expresiones de deseos a la par que no tienen una estructura de redacción sencilla o simplemente correcta. Es decir, el resultado se aleja de la intención.

Por su parte, las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad establecen directivas tendientes a lograr que los sujetos involucrados en procesos judiciales y que puedan revestir alguna de las categorías que allí se indican puedan acceder a una comunicación eficaz de las actuaciones.

En ese marco, este trabajo se enmarca en el análisis de un corpus de fragmentos de sentencias que han sido caracterizados por los jueces como comunicados en lenguaje

claro entre los años 2018 y 2021 bajo el formato de una misiva (se excluyen, por ende, otras que fueron comentadas vía zoom o mediante otros formatos como cuentos). En estas sentencias, los jueces mencionan que realizan la comunicación en un lenguaje claro y que siguen las Reglas de Brasilia antes mencionadas. Cabe destacar que la misiva es solo una sección de la sentencia y, por lo tanto, conviven la sentencia con la redacción judicial tradicional y el lenguaje técnico y el lenguaje claro o llano. El corpus total se compone de 26 textos distribuidos en los fueros penal, de familia y del menor y laboral de distintas provincias del país. Aquí, a efectos de mostrar algunos ejemplos, me concentraré solo en sentencias del fuero penal en las que el mensaje se destina al victimario (5 textos). Las provincias de las que provienen son Córdoba, Chaco y Catamarca. Si bien el corpus seleccionado es pequeño y la muestra aún más, a efectos de la labor que aquí se realiza no existen problemas metodológicos ya que el análisis es cualitativo, exploratorio y a título ejemplificativo y, por lo tanto, el volumen de datos no es relevante ni exhaustivo. El relevamiento de textos se ha efectuado a través de la plataforma DiarioJudicial.com, se han seleccionado los documentos etiquetados como “lenguaje claro” en el período señalado, se ha procedido a la lectura y registrado solo los que incluyen una misiva que hace referencia a ser redactados en lenguaje claro conforme a las Reglas de Brasilia y se ha elaborado una base de datos con estos documentos mediante el fichaje del texto correspondiente, provincia, fuero, carátula y a quién se dirige la carta.

El objetivo es traer a colación algunas reflexiones que muestran que, a pesar de la auto-denominación como “claras”, estas misivas no responden a los parámetros propios del lenguaje claro (entendiendo por tales aquellos que pueden encontrarse en los manuales académicos y científicos y en los protocolos de distintos órganos judiciales) ni tampoco se explicita por qué la selección de estrategias comunicativas está en relación con una condición de vulnerabilidad de las personas destinatarias. Para ello, este artículo se estructura en un apartado sobre lenguaje claro, otro que se refiere a las personas en condiciones de vulnerabilidad en el que se presentan las Reglas de Brasilia y finalmente el abordaje de párrafos que resultan problemáticos por diferentes razones. El problema central sobre el que trata este artículo es la discrepancia entre los textos que, aún con una actitud loable para intentar comunicar el contenido de las sentencias, son redactados en lo que autocalifican como lenguaje claro y las pautas de lenguaje claro. En tal sentido, podría sintetizarse que aún no hay una práctica generalizada sobre la escritura en lenguaje claro y ello puede implicar que podrían existir, o bien problemas para aplicar la teoría o bien problemas de claridad en los parámetros de lenguaje claro.

## **El lenguaje claro**

El lenguaje claro se define como un estilo de redacción y de formato simple y eficiente, que, si bien suele estar pensado para las comunicaciones escritas —que son las que predominan en el ámbito jurídico—, también puede aplicarse a la oralidad. A través de él, se permite al receptor entender fácilmente lo que se dice (Scarfía, 2012). Se puede afirmar que un comunicado utiliza lenguaje claro si su redacción, su estructura y su diseño son lo suficientemente transparentes como para que los destinatarios puedan entender con cierta inmediatez la información que buscan (International Plain Language Federation, *s/d*). El lector o receptor es puesto en primera plana puesto que, para elaborar el texto, se procura descubrir qué quiere saber y qué información necesita para interpretar el texto (Plain Language International Association, *s/d*). Los principios para la elaboración de textos jurídicos en lenguaje claro son: la pertinencia, la accesibilidad, la inteligibilidad (que se subcalifica en textualidad y adecuación) y aplicabilidad (Marazzato Sparano, 2021).

El fundamento por el cual recurrir al lenguaje llano es que este sería una forma de garantizar el acceso a la justicia y el derecho a entender las normas que tienen los ciudadanos (Poder Judicial (Perú), 2014). Así, el lenguaje claro no es solo una herramienta de la cual deban echar mano solo los jueces sino también todos los sujetos que, en ejercicio de una función normativa, deban comunicar algo a otros que los afecte, ya sea porque les genere o libere de obligaciones o cargas, porque brinde tutelas, etc. La meta del lenguaje claro en el ámbito jurídico es hacer entendibles, para los usuarios, el sistema normativo en general. En el ámbito judicial esto se ve de manera más notoria porque los particulares que tienen un conflicto a raíz de interpretaciones de las normas jurídicas y los hechos que las involucran están identificados e interactuando, a través de sus abogados, con la judicatura. La multiplicidad de intervinientes en la comunicación jurídica es uno de los principales desafíos, aunque a él se suman los problemas de redacción de los operadores jurídicos y, en particular, de los judiciales (Ortiz Takacs, 2023).

Bejarano Bejarano y Bernal Chávez (2021) agregan que a la complejidad comunicativa debe agregarse el proceso de evaluación para observar si realmente el mensaje transmitido ha resultado claro.

En el proceso, la etapa de evaluación es crucial, pues es el insumo para determinar la efectividad en la práctica del LC o la necesidad de reformular los elementos que entran en contacto directo con el ciudadano lector, a saber, la estructura, el contenido y el diseño; todo enmarcado en la transparencia y efectividad de la transmisión de la información. (Bejarano y Bernal Chávez, 2021: 44)

Algunas investigaciones recientes se encaminan a operativizar la evaluación de los textos emitidos en lenguaje claro y ofrecen criterios basados en los protocolos y manuales como es el caso del trabajo final de maestría de Milio (2024). Otros casos, como el trabajo de Agüero San Juan, Silva Berríos, Sepúlveda Arellano, Sologuren Insúa y Rajevic Mosler (2022) concluyen que los problemas de claridad no solo radican en la redacción, sino que también son propios de la estructura, ya sea porque no existe una concatenación fija y previsible, porque los considerandos no tienen una función asignada o bien porque no existe un detalle de las técnicas de interpretación e integración del derecho utilizadas.

Finalmente, muchos autores coinciden en señalar el valor del lenguaje claro como un derecho humano y, en particular, como un elemento del acceso a la justicia a la par que pone a los individuos en un doble rol: de usuarios y ciudadanos (Gonzalez Zurro, 2018, Puebla, 2021; Vitetta, 2022, Poblete y González, 2018).

Para sintetizar, podemos decir que el lenguaje claro intenta hacer que los mensajes jurídicos, que las formulaciones normativas, sean fácil y correctamente interpretables por los destinatarios. Aquí es donde comienza lo complejo de la cuestión y destinaré las próximas páginas a problematizar esta idea.

## **Personas en condiciones de vulnerabilidad**

Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (en adelante, “Reglas de Brasilia”) fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008. Entre los avances que han implicado, se señala la toma de conciencia respecto de que las barreras para el acceso a la justicia y para el ejercicio de otros derechos no suelen ser de carácter individual, sino social o grupal. Por esta razón, las dificultades experimentadas por las personas a la hora de hacer valer sus derechos en el marco de procesos judiciales se deben en parte a su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad (Andreu-Guzmán y Courtis, 2008). La relevancia de esta consideración radica en que la vulnerabilidad puede ser vivenciada individualmente, pero se evalúa conforme a categorías que se aplican a colectivos.

Conforme con ellas, se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Así, la vulnerabilidad puede devenir de diferentes fuentes: la edad (como la minoridad o ser un adulto mayor), una discapacidad, problemas lingüísticos, ser migrante, la situación socio-económica, el género, contexto de encierro, el nivel educativo, entre otras. Asimismo, se debe contemplar también la posibilidad de intersección de categorías.

La regla 59 (actualizada a 2018) menciona: “En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. Deberá respetarse el uso de lenguaje inclusivo” (XIX Cumbre Judicial Asamblea Plenaria 2018). Este precepto apunta a la mayor claridad posible del mensaje en relación con las estructuras sintácticas, pero como se ve, no deja de lado el carácter de tecnolecto del lenguaje jurídico para expresar el debido sentido jurídico y los efectos que ha de generar (Delgado Martín, 2019).

En cuanto a algunos estudios previos sobre el tema, Apodaca y Villalba (2022) se abocan a la complejidad del lenguaje jurídico frente a las necesidades actuales de los ciudadanos de comprender el proceso judicial y proponen que los profesionales de derecho asesoren en términos sencillos, evitando frases o palabras complejas a fin de informar correctamente a las personas vulnerables que requieren la asistencia conforme las Reglas de Brasilia. Ato Alvarado (2023) analiza la aplicación de las respectivas Reglas en el ámbito iberoamericano y concluye que el lenguaje sencillo para explicar contenido jurídico contribuye a reducir las desigualdades sociales y fortalece la cohesión social. En la misma línea, Ribotta (2012) centra su atención en el aporte de estas Reglas respecto del acceso a la justicia en contextos de pobreza y afirma que esta es una condición que agrava otras vulnerabilidades y Ferrero (2021) propone que el acceso a la justicia por parte de personas con discapacidad solo puede garantizarse a partir del uso de un lenguaje claro o de un lenguaje fácil, según sea la necesidad del caso. Manifiesta también que esto no excluye la presencia de términos técnicos en las resoluciones judiciales, aunque sí aclara que ellas deben reducirse a instancias de necesidad y en las que sean irremplazables.

Las condiciones de vulnerabilidad deben ser interpretadas desde una perspectiva amplia con el fin de poder adaptar el marco comunicativo de las decisiones judiciales de la manera más conveniente posible. No obstante, a fin de no estereotipar, discriminar o generar nuevas condiciones de vulnerabilidad, se debe explicar y argumentar respecto de las razones que llevan a entender a un individuo en una categoría específica y distinta de otros y por qué se llevarán a cabo determinadas elecciones lingüísticas. Este deber, si bien podría parecer superfluo para un operador judicial que se encuentra frente a una parte y que, por el principio de intermediación, puede reconocer sus características, no es en absoluto menor, ya que la explicitación de criterios permite el control posterior respecto de que no se haya incurrido en la aplicación de una categoría sospechosa (Saba, 2008 y Treacy, 2011).

## **Las sentencias en lenguaje claro**

A efectos de este trabajo y de mostrar algunos ejemplos, se traen a colación fragmentos de sentencias provenientes del fuero penal y que tienen como destinatarios de las misivas a los victimarios (cinco textos). Si bien en todas las sentencias que se traen a colación se mencionan las Reglas de Brasilia, en ningún caso se especifica cuál es la situación de vulnerabilidad de las personas destinatarias, por lo que podemos presumir que puede relacionarse con la dificultad de comprender el lenguaje técnico jurídico además de alguna posible situación socio-educativa. Es probable, además, que los jueces y juezas intervinientes conocieran las condiciones de los receptores a partir de la intermediación con

ellos en el proceso judicial. Sin embargo, la no explicitación de los presupuestos de la selección discursiva impide el control de su adecuación así como de la posible revisión de que no se trate de una categoría sospechosa, tal como se enunció en el apartado anterior.

Cabe destacar que los textos seleccionados violan gran parte de las recomendaciones que se suelen incluir como propias del lenguaje claro. Por ejemplo, existen oraciones muy extensas, con muchas ideas en ellas, algunas poseen errores ortográficos como faltas de acentos o problemas gramaticales, como signos de puntuación mal utilizados. También aparecen gerundios mal utilizados y aparecen expresiones incorrectas. Veamos un caso:

en primer lugar debo felicitarte por el gran compromiso que has tenido con la justicia desde que se originara la causa, junto a tu familia y afectos, supiste recorrer un camino de crecimiento y reflexión, llegando incluso alcanzar el perdón de la familia ofendida por tus actos, demostrando tanto a ellos como a la sociedad que lo sucedido fue una situación no deseada nunca, y que si bien comprendiste que las cosas en la familia han cambiado para siempre, todos los involucrados han podido pacificar las tensiones en miras de continuar para adelante. (Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N° 4, Chaco, 2021)

Esta oración tiene 93 palabras por lo que, en apariencia, puede atentar contra la recomendación de elaborar oraciones breves que suelen incluir manuales y protocolos, aunque tampoco estos establecen una cantidad de palabras recomendada. Asimismo, posee al menos 6 ideas que podrían haber sido expresadas en oraciones separadas y algunas otras cuestiones de redacción que podrían haber sido más adecuadas (por ej. “una situación no deseada”, sin “nunca” que es redundante). Finalmente, cuenta con dos gerundios mal utilizados.

Creo que es muy importante que en momentos tan difíciles como te toca y nos toca atravesar debido a este virus y como lo hacen muchas personas desinteresadamente, también vos como joven puedas ayudar, no solo para cumplir con esta obligación, sino y por sobre todo, para que sepas y tomes conciencia que ayudar a otros es una forma de mejorar al mundo; no volviendo a caer o cometer errores. (Cámara de Responsabilidad Penal Juvenil en lo Criminal de Primera Nominación (Catamarca), 2020)

Esta cita, también de una oración un tanto extensa, comienza con una creencia del juez, continúa con una alusión a la pandemia y una valoración de la situación, avanza sobre lo que otras personas realizan, al valor de la ayuda y a la importancia sobre que el enjuiciado aporte, como joven, a mejorar el mundo. También, de una forma desconectada, se menciona que el condenado no debe volver a caer o cometer errores. No se explica por qué tiene la obligación de no reincidir, ya que simplemente pareciera ser algo que surge como complementario a que “como joven pueda ayudar”.

Más allá de lo que pueda presumirse sobre las recomendaciones que se suelen incluir en los manuales y protocolos de redacción en lenguaje claro (por ej. una suposición no probada respecto de que una frase corta es más comprensible que una larga, o que una oración en voz activa es más clara que una en voz pasiva) (Lauría, 2019), hay que destacar que el objeto de las misivas debe ser que el destinatario entienda qué ha sucedido en el proceso, cuál es su rol, qué decisión se toma, por qué y qué sucederá en el futuro (posibilidades recursivas propias o de la fiscalía, por ej.). Si se tiene en cuenta que en el ámbito penal suele estar en juego la libertad de los individuos, esta no es una cuestión menor. La valoración de la prueba y los hechos en juego son relevantes por cuanto son los fundamentos que pueden determinar la necesidad y posibilidad de recurrir más allá de las recomendaciones que pueda efectuar un profesional.

Si se tiene este objetivo en cuenta, podemos ver que solo dos de las misivas se centran en estas explicaciones<sup>2</sup>. Las restantes, si bien incluyen alguna mención breve, tienen como foco otro tipo de intervenciones por parte de los jueces. Me detendré brevemente en ellos conforme a tres categorías a solo título ejemplificativo<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Aquí no se transcriben debido a la extensión.

<sup>3</sup> Las categorías son de elaboración propia.

**a) Casos de simplificación excesiva**

Veamos un ejemplo que comunica el resultado del juicio y la razón por la cual culminó: No tendrás que pagar ninguna multa, ni tampoco hacer otras tareas para el juzgado, el juicio terminó y fue por tu compromiso. (Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N1. VI Circunscripción Judicial, Chaco, 2021)

Si bien para el destinatario queda en claro que no habrá futuras consecuencias judiciales y que aparentemente el proceso ha culminado, es imposible encontrar las razones que derivaron en ello. Si este victimario deseara comentar con sus amigos cuáles fueron las razones de su éxito, no podría hacerlo. Las oraciones anteriores solo mencionan que ha elegido el camino del bien y que ha acompañado al juzgado, pero no existe mención alguna a las cuestiones de derecho ni de hecho con precisión que han derivado en la respectiva decisión. Para reconstruir el razonamiento normativo, podríamos pensar en el siguiente esquema de silogismo hipotético a partir del conector lógico que une una conclusión con una premisa (“fue por”):

P= Si te comprometés, el juicio termina.

P= Te comprometiste.

C= El juicio terminó.

P= Si el juicio termina, no tendrás que pagar ninguna multa, ni tampoco hacer otras tareas para el juzgado.

P= El juicio terminó.

C= No tendrás que pagar ninguna multa, ni tampoco hacer otras tareas para el juzgado.

Ahora bien, ¿qué es comprometerse con el juzgado? ¿Cuáles fueron los hechos que valoró el juez? Ello no se explica. Por otro lado, tampoco se menciona si la fiscalía ha acordado tal medida o si puede aún interponer algún recurso.

Si bien la simplificación excesiva no es necesariamente un problema en sí misma, la carencia de explicaciones sobre por qué el destinatario podrá comprender mejor una explicación rudimentaria que una un poco o mucho más completa impide el control de la posible eficacia de las estrategias comunicativas.

**b) Casos de expresión de deseos que no aparecen en las sentencias**

Una cuestión recurrente que aparece en estas misivas es la expresión continua que hacen los jueces de sus expresiones de deseos respecto de la vida de las víctimas o sobre sus actitudes. Allí podemos ver muchos verbos que se conjugan en la primera persona y que denotan posturas personales, algo que no ocurre en las partes restantes de las sentencias. Veamos:

aun creemos que no está todo perdido (...)

deseo que sepas que cuando alguien se equivoca en la vida hay que asumir las consecuencias de esos errores (...)

quiero que sepas que no hemos perdido las esperanzas en vos y tampoco queremos que las pierdas vos mismo (...)

deseo explicarte lo que deberás hacer de ahora en adelante para que las cosas marchen mucho mejor en tu vida (Cámara de Responsabilidad Penal Juvenil en lo Criminal de Primera Nominación, Catamarca, 2020)

Confío en que vas a poder seguir de la buena manera en que lo hiciste hasta ahora. (Juzgado en lo Penal Juvenil de la Ciudad de Río Segundo, Córdoba, 2021)

Como puede notarse, estas expresiones, además de poner en primera plana la voluntad de quien escribe, no tienen una relación estricta con la explicación de la sentencia

comentada. Asimismo, la combinación de lo que se quiere y la producción de un efecto en el otro (“deseo que sepas”) no solo propone una relación entre juez/a y enjuiciado, sino que agrega cierto componente jerárquico entre intervinientes.

Finalmente, hay que destacar que existe una forma moralista de interpretar la vida del interlocutor más allá de la interpretación jurídica o de las recomendaciones legales que pudieran hacerse respecto de las acciones pasadas y futuras. Es extraño que se planteen cuestiones como “las cosas marchen mucho mejor en tu vida”, “no perdemos las esperanzas” que son extrañas a un juicio.

### c) Casos con valoración de la vida de la persona juzgada

Otras líneas suelen destinarse a emitir juicios sobre el futuro de los receptores con esperanza y colocándolos como creadores de su destino, algo que, por cierto, no aparece en ninguna parte de la sentencia que se está comunicando:

estoy convencida que sabrás llevar una vida con valores y principios que te llevarán a planificar para bien y ser al fin, ésa persona que soñaste ser, libre y por el buen camino, con conciencia del otro como un ser digno de respeto y consideración, siendo artífice de tu destino, que siguiendo así como lo venís construyendo, serás feliz (Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N° 4, Chaco, 2021)

ojalá sigas así por el resto de tu vida porque considero que todos debemos tener una segunda oportunidad y yo soy un convencido de ello, por lo que pienso que debo dártela para que puedas terminar de cerrar esa triste etapa (Cámara de Responsabilidad Penal Juvenil en lo Criminal de Primera Nominación, Catamarca, 2020)

Algo interesante de estos párrafos es que, además de la ausencia de las referencias al contenido de las sentencias, se eligen formas que, al igual que en las anteriores, muestran el trato jerárquico de los jueces (quien está en potestad de evaluar no solo un hecho delictivo sino, también, aparentemente el estilo de vida del individuo).

Otros párrafos que se destacan se utilizan para mostrar un vínculo que reconoce al receptor con su trayectoria de vida y expresan preocupación por parte de la justicia. Ejemplos de ello son:

desde el juzgado te acompañamos para que en esta etapa nueva pueda seguir este camino alejado de lo que no te hace bien (Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia, Chaco, 2021)

nos conocemos desde hace mucho tiempo, eso ya lo sabés porque nos vimos en reiteradas oportunidades desde que tenías 11 años (...)

además conozco muy bien a tu familia y por todo lo que pasaste y pasás con ella, tus enojos, tu rebeldía, tus tristezas, tus miedos y tus necesidades (...)

Es muy difícil para nosotros desde el juzgado no conmovernos con tu historia de vida (Juzgado de Control de Garantías de Primera Nominación, Catamarca, 2020)

Estas expresiones muestran las reacciones que tienen quienes juzgan frente a las historias de vida de los sujetos enjuiciados, pero no se argumenta si ellas han influido en la decisión final. Por otro lado, al seleccionar estas expresiones como adecuadas para personas en condiciones de vulnerabilidad, debería exponerse las razones por las cuales es importante esta consideración ya que podría ser contraproducente. Pensemos, por ejemplo, un joven que vive en una situación de pobreza grave y que no se encuentra orgulloso de ello: ¿en qué medida aporta la condescendencia judicial?

Finalmente, algunas oraciones, lejos de lo que suele contener una sentencia, introducen valoraciones que ponen a los jueces en un rol distinto que el de meros juzgadores de hechos:

debo felicitarte por el gran compromiso que has tenido con la justicia desde que se originara la causa (Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N° 4, Chaco, 2021)

te deseo éxitos y pongo toda mi confianza en vos. Estaremos desde este juzgado observando lo que harás y expectantes de que cumplas con todo. (Cámara de Responsabilidad Penal Juvenil en lo Criminal de Primera Nominación, Catamarca, 2020) La mayoría de las oraciones incluyen estos tipos de consideraciones que oscilan entre evaluaciones de la vida de los individuos, felicitaciones, mensajes de esperanza, reproches, sentimientos de empatía, etc. Sin embargo, poco se trae a colación respecto de la prueba, de los recursos, del rol del sujeto en el juicio, de la labor de su defensor, etc.

## Consideraciones finales

Como puede notarse, las misivas comentadas no suelen tener gran preocupación respecto de quién es el receptor, no suelen explicar cuáles son sus condiciones de vulnerabilidad ni tampoco qué buscan comprender respecto del texto que se explica. ¿Por qué debería interesarle a un imputado en un proceso penal que un juzgado lo felicite más que la valoración de la prueba? ¿Por qué aportarían claridad expresiones relacionadas con los deseos de los emisores del mensaje? ¿En qué medida debe un juzgador hacer valoraciones sobre la vida de un individuo? La muestra que se ha traído a colación aquí es pequeña, aunque lo que se dice aquí de ella, vale para el resto del corpus. Ahora bien, aquí no se pretende generalizar las conclusiones, sino que, más bien, los casos se han traído a colación para reflexionar sobre lo dificultoso que es llevar a cabo una comunicación en lenguaje claro, más allá de las buenas intenciones y del material teórico y normativo disponible.

La citación de las Reglas de Brasilia debería conllevar una estructura sintáctica sencilla y explicaciones sobre el acto que se comenta: qué tipo de acto es, qué rol ocupa el receptor, qué sucederá o qué puede hacer al respecto. Sin embargo, nada de esto ocurre en las misivas comentadas. El receptor no parece importante allí, tampoco lo que desea o debe saber. Esto no debe ocurrir y, por ende, cabe señalar que quien desee redactar misivas para explicar una sentencia en lenguaje claro, debe señalar cuáles son las circunstancias que lo llevan a escribir de determinada manera y por qué esas estrategias son más efectivas. De lo contrario, es más bien un receptor ficto que real y ello encierra el riesgo de dejar la buena intención en solo ello: una intención.

Como reflexiones finales, se debe considerar lo siguiente:

- 1) Los casos traídos a colación no explican la sentencia. Solo se concentran en el resultado. No manifiestan las posibilidades recursivas de las partes ni se centran en los fundamentos que derivan en la resolución. Cuando mencionan causas, se lo hace de manera genérica, imprecisa y simplista.
- 2) En los casos mencionados, no se respeta el balance entre lo técnico y las estructuras sintácticas sencillas. Aún más, las redacciones suelen ser rebuscadas, con errores, frases largas y gerundios mal utilizados. La aparición de los jueces en primera persona, aunque intente dar lugar a una imagen amigable, suele mostrar cierta jerarquía entre emisor y receptor.
- 3) En los casos analizados, no se explicita en ningún caso cuál es la vulnerabilidad o conjunto de vulnerabilidades que afecta al receptor y que, por lo tanto, justifican la selección lingüística y sintáctica.
- 4) Respecto de estos casos, no se pueden localizar publicaciones posteriores sobre tests de claridad. Es decir, ¿solo importa que los jueces digan que escriben claro para que el mensaje sea claro? La claridad es un adjetivo que debe ser

fácticamente comprobado. Si el mensaje se adecúa al receptor, debe comprobarse qué ha comprendido este y qué información esperaba obtener.

- 5) En los casos comentados, la introducción de valoraciones moralizantes sobre la vida pasada y la proyección futura de las acciones de los enjuiciados y no de hechos concretos resulta un tanto alarmante ya que se corre el riesgo de caer en a) perfeccionismo; b) paternalismo; c) derecho penal de autor. Este último supuesto es grave puesto que los jueces deben evaluar hechos ilícitos cometidos por individuos, no si este cumplirá sus sueños, si mejorará el mundo o volverá a cometer errores. La línea es muy delicada en cuanto a lo que las expresiones judiciales pueden implicar.

En gran medida, más que la claridad del mensaje como forma de facilitar la comprensión y el control de los afectados por un proceso, los ejemplos traídos a colación muestran que existe una necesidad de darle un rostro amigable al Poder Judicial. Es una muestra pequeña y no exhaustiva, pero que permite reflexionar sobre una práctica que tiene una buena finalidad, pero también que enfrenta dificultades para adecuarse a tantos interesados que pueda haber. Quizás este pueda ser un paso relevante como forma de desacralizar un ámbito críptico que ha mantenido un poder profesional a partir de manejar ciertos códigos. No obstante, estas misivas muestran que aún sigue existiendo una gran autorreferencialidad por parte de los jueces que califican como claros a mensajes que no reúnen requisitos de tales y que los señalan como respetuosos de las Reglas de Brasilia sin explicar la adecuación del mensaje y de las estrategias comunicativas a las categorías de vulnerabilidad detectadas.

## Referencias bibliográficas

**Agüero San Juan, C., Silva Berríos, V., Sepúlveda Arellano, E., Sologuren Insúa, E., & Rajevic Mosler, E. (2022).** La estructura de las sentencias judiciales como un problema de lenguaje claro. *Ius et Praxis*, 28(3), 228-247. [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122022000300228&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122022000300228&script=sci_arttext)

**Andreu-Guzmán, F. y Courtis, C. (2008).** Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Ministerio Público de la Defensa. *Defensa pública: garantía de acceso a la Justicia*. III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Buenos Aires, República Argentina 11, 12 y 13 de junio de 2008. La Ley, pp. 51-60.

**Apodaca, S. y Villalba, C. (2022).** El lenguaje sencillo como acceso a justicia de los grupos vulnerables en el consultorio jurídico. Gallardo, L. y Chalup, M. (comps.). *XVIII Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*, UNNE. Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, pp. 35-37.

**Arenas Arias, G. J. (2018)** Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Nº. 15, octubre 2018–marzo 2019, pp. 249-261. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4355>

**Ato Alvarado, M. (2023).** El lenguaje accesible al ciudadano y a la población vulnerable en perspectiva de las 100 Reglas de Brasilia. *Llapanchikpaq: Justicia. Revista de la*

*Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú*, 5(7), pp.57-89.

**Bejarano Bejarano, D.E. y Bernal Chávez, J. A. (2021).** La definición de lenguaje claro a partir de unas breves consideraciones lingüísticas. Liévano, B. P. (Ed.). *Por el derecho comprender: Lenguaje claro*. Siglo del Hombre Editores.

**Bottiglieri, L. (2020).** *El lenguaje jurídico desde una perspectiva bourdesiana*. Tesis de Maestría en Ciencias del Lenguaje. Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Salta.

**Cámara de Responsabilidad Penal Juvenil en lo Criminal de Primera Nominación (Catamarca).** “P., RI. (17) s.a. Robo en grado de tentativa (arts. 164° en función del 42° y 45° del C.P.) – 20 Abril 2017. Expte. N° 080/20. 9/12/2020

**Delgado Martín, J. (2019)** *Guía comentada de las Reglas de Brasilia Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Herramientas EurosociAL N° 23/2019. Programa EUROsociAL

**Ferrero, E. (2021).** El lenguaje jurídico como barrera para el acceso a la justicia de personas con discapacidad. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 11(2). Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa; pp. 3-16

**González Zurro, G. (2018).** Sentencias en lenguaje claro. *La Ley*. AR/DOC/2608/2018

**Gutiérrez Álvarez, J. (2010)** *El lenguaje jurídico: estudio y propuesta didáctica*. Tesis presentada en el marco del Máster Europeo de Enseñanza del Español. Universidad de Barcelona; Freie Universitat Berlin.

**International Plain Language Federation (s/d).** **Plain Language Definitions.** Disponible en <https://www.iplfederation.org/plain-language/>

**Juzgado de Control de Garantías de Primera Nominación, Secretaría de Control de Garantías (Catamarca).** “B., VJA. s/ Presentación Solicitud de acuerdo de juicio abreviado en causa Expte. Letra “B” – N° 881/19 – Caratulado “B., VJA., p.s.a. Robo en calidad de autor. 4/3/2020

**Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N1. VI Circunscripción Judicial. J.J.Castelli (Chaco).** “C.C.S. S/ juicio”. Expte. N23/20. 12/3/2021

**Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N° 4 (Chaco).** “D.O.S S/ JUICIO (Homicidio agravado por el uso de arma de fuego)”. Expte. N° 541/14. 12/8/2021

**Juzgado en lo Penal Juvenil de la Ciudad de Río Segundo (Córdoba).** “C., J. D. y otro p.ss.aa. homicidio simple”. 3/4/2021

**Lauría, D. (2019).** Sobre el Programa “Justicia en Lenguaje Claro” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Argentina). *Entremeios: Revista de Estudios do Discurso*, 18.

**Marazzato Sparano, R. (2021).** “Lenguaje claro en el siglo XXI: panorama general y propuesta de aplicación al proceso de traducción y corrección”. *Revista Internacional de Lenguas Extranjeras*. 15, <https://raco.cat/index.php/RILE/article/view/392988>

**Milio, D. N. (2024).** *Evaluación automática de legibilidad en sentencias judiciales argentinas: lenguaje claro y acceso a la justicia*. Trabajo final en el marco del Master en Lingüística Teórica i Aplicada. <https://repositori.upf.edu/handle/10230/59749>

**Ortiz Takacs, M. (2023).** El lenguaje claro como medio para garantizar el derecho a entender: iniciativas, desafíos y perspectivas a futuro. *Ratio Iuris. Revista de Derecho*, 11(1), pp. 321-359.

**Plain Language International Association (s/d).** “¿Qué es el lenguaje claro?” Disponible en <https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>

**Poblete, C. A. y González, P. F. (2018).** Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial Latinoamericano. *Revista de Llengua i Dret*, 69, 119-138. <https://www.raco.cat/index.php/RLD/article/view/338349>

**Poder Judicial (Perú) (s/d).** *Manual Judicial del Lenguaje Claro y Accesible a los Ciudadanos*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2014.

**Puebla Fortunato, C. (2021).** Aportes para pensar al fenómeno del lenguaje judicial claro como política pública de servicio y acceso a la justicia en Argentina. Colombato, L.; Bertolé, C. y Lell, H. (eds.). *Actas del III Congreso de Derecho*. EdUNLPam, pp. 376-387.

**Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial (2017).** *Libro de estilo de la justicia*. Espasa.

**Ribotta, S. (2012).** Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 6(2), pp. 1-37.

**Saba, R. (2008)** Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? Gargarella, Roberto (ed.). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot.

**Scarfia, S. (2012)** *Estrategias de Comprensión y Producción Oral y Escrita*. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Ciencias Económicas. Tecnicatura en Gestión Universitaria.

**Treacy, G. (2011)** Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. *Lecciones y Ensayos*, n. 89, pp. 181-216.

**Vitetta, M. (2022).** El lenguaje claro en la doctrina jurídica: conveniencia de su aplicación en un supuesto de comunicación entre especialistas. *Revista Jurídica Austral*, 3(1), pp. 367-390.

XIX Cumbre Judicial Asamblea Plenaria en San Francisco de Quito. Cien Reglas de Brasilia. Actualizadas a abril de 2018. <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/item/817-cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>

*Recibido el 18 de marzo de 2024; aceptado el 24 de abril de 2024.*

# TIPOLOGÍA Y ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS DESOBEDIENCIAS EXTRAORDINARIAS

TYOLOGY AND COMPARATIVEANALYSIS OF EXTRAORDINARY DISOBEDIENCE

**Elina Ibarra**<sup>4</sup>  
Universidad de Buenos Aires  
elinaibarra@derecho.uba.ar

## Resumen

El objetivo de este trabajo es, a partir de las distintas conceptualizaciones tradicionales en torno a las desobediencias, extraer de ellas “modelos analíticos”. De ese modo será posible trazar límites claros y precisos entre los distintos tipos de no-acatamiento de las normas, para luego poder establecer el grado de civilidad que comportan esas disidencias. Tal comprensión podría colaborar a una ampliación de los márgenes de tolerancia por parte de las instituciones represivas, y como consecuencia, fomentaría un aumento de la participación ciudadana, en beneficio de toda la comunidad.

A tal fin, en primer lugar, se delimitarán los planos de análisis: moral, jurídico y político. Luego, en base a una clasificación de las relaciones de los sujetos con las normas jurídicas y, de acuerdo a criterios de análisis explicitados, se definirán los tipos de desobediencias llamadas “extraordinarias”: aquellas que, mediante la violación de la ley buscan un bien que trascienda al exclusivamente personal y que cuestionan, parcial o totalmente el orden vigente. A continuación se establecerán las distinciones que existen tanto entre las desobediencias extraordinarias —objeción de conciencia, desobediencia civil, resistencia pasiva y activa— entre sí, y, con la forma ordinaria de desobediencia, el delito común. Finalmente, en un breve *excursus*, se tratará el problema de la criminalización de la protesta social para establecer su relación con otras formas de desobediencia, para evidenciar en qué consiste su especificidad.

**Palabras clave:** Desobediencia Civil, Resistencia, Objeción, Acción Directa

## Abstract

The objective of this work is, based on the different traditional conceptualizations of disobedience, to extract “analytical models” from them. In this way it will be possible to draw clear and precise limits between the different types of non-compliance with the rules, and then be able to establish the degree of civility that these dissidences entail. Such understanding could contribute to an expansion of the margins of tolerance on the part of repressive institutions, and as a consequence, would encourage an increase in citizen participation, for the benefit of the entire community.

---

<sup>4</sup> Máster en Filosofía del Derecho y Profesora de Filosofía por la Universidad de Buenos Aires. Actualmente es Prof. Adjunta de Teoría del Estado, de Teoría General del Derecho y del post-grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Visiting Researcher of the Tarello Institute for Legal Philosophy, Università di Genova y de la Universidad del Salento. Becaria Ubacyt para el Doctorado. Autora de ¿Qué es el Estado? Y otros escritos anarquistas. ORCID: 0000-0002-3852-0832

To this end, first of all, the levels of analysis will be delimited: moral, legal and political. Then, based on a classification of the relationships of the subjects with legal norms and, according to explicit analysis criteria, the types of disobedience called “extraordinary” will be defined: those that, through violation of the law, seek a good that transcends the exclusively personal and that partially or totally question the current order. Next, the distinctions that exist between extraordinary disobedience - conscientious objection, civil disobedience, passive and active resistance - will be established, and, with the ordinary form of disobedience, the common crime. Finally, in a brief excursus, the problem of the criminalization of social protest will be discussed to establish its relationship with other forms of disobedience, to demonstrate what its specificity consists of.

**Keys Word:** Civil Disobedience, Resistance, Objection, Direct Action

## **Tipología y análisis comparativo de las desobediencias extraordinarias**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El Estado hace las leyes y, al menos que haya una opinión pública muy atenta en defensa de las libertades justificables, el Estado hará la ley a su propia conveniencia, la cual puede no corresponderse con el interés público. En los procesos de Núremberg fueron condenados criminales de guerra por obedecer las leyes del Estado [...] las potencias que vencieron a Alemania estuvieron de acuerdo en que abstenerse de practicar la desobediencia civil puede ser merecedor de castigo. (Russell, 1984, p. 63)

El objetivo de este trabajo es, a partir de las distintas conceptualizaciones tradicionales en torno a las desobediencias, extraer de ellas “modelos analíticos”. De ese modo, se intentará trazar límites claros y precisos entre los distintos tipos de no-acatamiento de las normas, para luego poder establecer el grado de civilidad que comportan ciertas desobediencias específicas que he dado en llamar “extraordinarias”; objeción de conciencia, desobediencia civil, resistencias pasiva y activa (Ibarra, 2021).

Por sus características disruptivas y comunicativas, las desobediencias extraordinarias son el recordatorio siempre presente de que, lo que se da en llamar “Estado de Derecho” no es una construcción acabada, sino una “empresa accidentada”, cuya dinámica está encaminada a establecer y conservar un orden jurídico, renovarlo o ampliarlo. Está por ello, sujeto a revisión y adaptación permanente. Pero este control de “legitimidad” no ya no puede provenir de los estamentos intermedios, tales como: los partidos políticos, los parlamentos o sindicatos, o los medios de comunicación. Estos ya no realizan la tarea de canalizar las demandas, porque son medios que han priorizado sus propios fines. Por esta razón, Habermas considera que este tipo de desobediencias, no sólo son necesarias, sino que también, es preciso que se mantengan por fuera de la lógica de los sistemas, tanto del económico, del político y especialmente, del jurídico: porque de este modo, corren el riesgo de volverse funcionales al sistema que cuestionan.

A los fines de esta tarea, en primer lugar, se delimitarán los planos de análisis: moral, jurídico y político. Luego, en base a una clasificación de las relaciones de los sujetos con las normas jurídicas y, de acuerdo a criterios de análisis explicitados, se intentará definir los tipos de desobediencias llamadas “extraordinarias”: aquellas que, mediante la violación de la ley buscan un bien que trascienda al exclusivamente personal y que cuestionan, parcial o totalmente el orden vigente, a través de estrategias de manifestación de la disidencia que adquieren carácter comunicativo.

A continuación se establecerán las distinciones que existen tanto entre las desobediencias extraordinarias —objeción de conciencia, desobediencia civil, resistencia pasiva y activa— entre sí, y, con la forma ordinaria de desobediencia, el delito común.

Finalmente, en un breve *excursus*, se tratará el problema de la criminalización de la protesta social para establecer su relación con otras formas de desobediencia, y así evidenciar en qué consiste su especificidad.

Tal comprensión podría colaborar a una ampliación de los márgenes de tolerancia por parte de las instituciones represivas, y como consecuencia, fomentaría un aumento de la participación ciudadana, en beneficio de toda la comunidad.

## 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Habermas escribió, a mediados de los '80, un breve artículo llamado “La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de Derecho” (1997). Dado el tono que este escrito tiene, podemos sospechar que es el resultado de la urgencia, de quien se siente interpelado por las circunstancias políticas de su tiempo. Sin caer en una infundada apología activista, sus argumentos señalan las confusiones que existen en torno a un tipo específico de desobediencia, cuya relevancia política no puede ser soslayada inocuamente.

En este sentido, su trabajo se inscribe en la larga historia de la teoría sobre las desobediencias que he denominado “extraordinarias”.<sup>5</sup> Un breve repaso sobre esta tradición, surgida a la luz de los numerosos emergentes sociales, podría partir de la decimonónica corriente de los socialismos, a la que se suma en las primeras décadas del siglo XX el pacifismo y el feminismo, que mantendrán su activismo vigente hasta el día de hoy; después de la 2° Guerra Mundial, cobran fuerza los movimientos emancipatorios y de igualdad racial, que también mantienen su actualidad; en los '60 y '70 se delinean movimientos críticos del sistema capitalista, tales como el hipismo, el Punk, Okupas y ecologistas. Todas estas emergencias motivaron el debate académico en torno a las características que este tipo de desobediencias debían cumplir para ser consideradas “democráticas” y así evitar que el aparato represivo cayera con todo su peso.<sup>6</sup>

El escrito de Habermas será un parteaguas en esta historia, porque no se lanza a la búsqueda de una definición exhaustiva que defina, paradigmáticamente, la clase de desobediencias civiles. En su lugar, tomará casi sin discutir, la lista de características que da John Rawls en *Teoría de la justicia*, quien la define como una acción pública, no-violenta, consciente, política, ilegal, objetiva, sin resistencia a las sanciones correspondientes, orientada al cambio normativo y colectiva, la que se da en el contexto de una sociedad casi justa (2018, p. 331). Si bien Habermas acuerda en los puntos del carácter público, colectivo, político, orientado al cambio normativo, se va

<sup>5</sup> Una caracterización más precisa de las mismas se desarrollará en los próximos apartados: 3.3. y 4.

<sup>6</sup> De este debate participaron activamente Hannah Arendt, Ronald Dworkin, Robert Nozick, Michael Walzer. Un buen ejemplo de ello es la compilación realizada por Hugo Bedau, en 1991 (2002) volumen en el que recopila gran parte del debate llevados a cabo por John Rawls, Peter Singer, Joseph Raz, Martin Luther King, entre otros y, retoma la discusión en torno a los clásicos de la desobediencia política: *Critón*, de Platón; *Antígona*, de Sófocles; *Ensayo sobre la desobediencia civil*, de Thoreau.

a apartar de la vocación hiperadjetivadora de Rawls, que sobrecarga el concepto de requisitos. De ese modo, pone en evidencia que de poco o nada sirve el afán normativista teórico sobre la cuestión, si las instituciones no comprenden el rol que estas manifestaciones cumplen en la vida democrática de las naciones. El énfasis de Habermas va a estar puesto en dos intereses:

- a) en el fundamento discursivo de las manifestaciones, como ejercicio de la acción comunicativa, ya que de esta manera inscribe a estas prácticas dentro de la tradición crítica de la modernidad post-metafísica y,
- b) en la imposibilidad de regular o normativizar las expresiones públicas del desacuerdo, es decir, que insiste en la condición necesaria de su para-legalidad<sup>7</sup>, inorganicidad, para que estas conserven su espontaneidad asistémica.

Pero, a pesar de que las manifestaciones cumplieran con estos dos puntos, en el escrito Habermas da cuenta de una cruenta y desproporcionada represión institucional hacia una serie de expresiones públicas y pacíficas de colectivos ecologistas y feministas. Le resulta un hecho novedoso que este tipo de acciones, que tradicionalmente habían sido consideradas como parte del juego político —y por ello, toleradas— comenzaban a ser vistas como un “peligro” para el orden público. Atribuye el hecho a una campaña conservadora y represiva del FAZ<sup>8</sup>, que buscaba criminalizar las manifestaciones públicas bajo el eslogan: “La resistencia no violenta es violencia”. El cambio de escenario en el tratamiento institucional de las protestas tuvo su correlato en la regulación penal que, ampliaba la calificación de violentas a las acciones que no llegaban a la violencia concreta contra terceros o contra la propiedad: es decir, aquellas que recurren a coerciones menores tales como, una sentada, el grafiti, portar una pancarta o usar un megáfono en el espacio público para comunicar los reclamos (1997, p. 51).

La ciudadanía sólo podía elegir, en su relación con las decisiones normativas del sistema político, entre dos opciones polarizadas, ser un simple votante silencioso o ser calificado como un alborotador que recurre a la violencia criminal. En la primera opción se limita su participación al ejercicio del voto, ya sea por deber o por costumbre, siendo este acto su único medio de expresión y que, en caso de no estar de acuerdo, canalizará sus reclamos a través de los medios provistos por el mismo sistema contra el que reclama. La otra opción es ser quienes “alborotan”, quienes “agitan”, quienes desafían el orden y ponen en peligro el Estado de Derecho, por recurrir a estrategias generadoras de cambios políticos o jurídicos que incurren en ilegalidades para adquirir visibilidad y que sus opiniones sean consideradas a la hora de tomar decisiones que les competen. Esto implicaba ir más allá de una mera estigmatización, ya que quienes participaban de estas prácticas comenzaron a ser considerados un “enemigo interno” al que se debía combatir, como si se estuviera en un contexto de guerra.

Al tiempo que Habermas observa los límites reales a su teorización de la acción comunicativa, como dinámica de canalización de las demandas de la sociedad civil a las instituciones del poder político, también estaba anticipando a los procesos de estigmatización de la protesta, que luego de la caída del Muro de Berlín se

---

<sup>7</sup> La para-legalidad es una categoría propuesta por María José Falcón y Tella para dar cuenta de una suerte de estado de suspensión de la atribución de ilegalidad a las acciones de desobediencia civil, bajo la condición de ser puestas a consideración por los tribunales. La para-legalidad daría cuenta del carácter híbrido de la desobediencia civil, que es ilegal en su desobediencia a las normas, pero es legal en su civilidad, ya que se mantiene dentro del marco del orden normativo, al que no cuestiona totalmente (por ejemplo, puede apoyarse en principios constitucionales, y además se somete a punición. (2009, p. 177)

<sup>8</sup> *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, periódico alemán fundado en 1949.

profundizarían (2010, p. 439). El proceso de globalización que allí comienza y que traspasa el fin del milenio, fueron perfilando nuevos escenarios que interpelan la reflexión, para dar cuenta de la emergencia en el espacio público de nuevos actores políticos, que habían tenido un lugar marginal en el desarrollo teórico de entonces: indignados, piqueteros, sin-tierra, inmigrantes, campesinos, minorías de género, naturistas, veganos, no-vax, etc. En este sentido, ya Boaventura de Sousa Santos señalaba las limitaciones de las categorías políticas de la tradición occidental para dar cuenta de los nuevos fenómenos sociales y por ello aboga por la formulación de una epistemología crítica de los constructos teóricos heredados (Sousa Santos, 2011, p. 33-49). Y para ello, no sólo hace falta diseñar una sociología de las emergencias, sino también, un tipo de pensador que aborde los acontecimientos, con distancia pero no con indiferencia, como un artesano y no como un arquitecto. Es necesario un tipo de pensador que abandone el lugar de guía o de la vanguardia, para ser un teórico de la retaguardia, un testigo implicado en el mismo escenario que estudia los procesos aún sin concluir y no un líder clarividente (2011, p. 38).

En esta misma línea se encuentran los trabajos de Robin Celikates, quien argumenta que el problema es que el concepto heredado de desobediencia civil está sobredeterminado de requisitos ideales. Y, apunta directamente a la definición rawlsiana, ya que, no sólo está goza de gran popularidad, sino que además, como resultado de una saturación de características que se le exige cumplir a las acciones de protesta, estas se vuelven casi imposibles de ser llevadas a cabo en concordancia con los parámetros que las volverían tolerables para las instituciones. La estrategia de Celikates consiste en dar una definición lo suficientemente amplia y abierta como para poder comprender en ella la mayor cantidad de casos posibles. La solución es doble: por un lado propone enfatizar el carácter profundamente político de las manifestaciones, restándole importancia al quebrantamiento de normas jurídicas; por el otro, relativizar la exigencia tradicional de la no-violencia (la que como ya hemos visto, se ha vuelto cada vez más difícil de cumplir, dadas las nuevas definiciones jurídicas de lo que se considera violento o una amenaza para el orden). Entonces, frente a las acciones civiles, los tribunales tendrían que hacer una suerte de epojé, una suspensión del juicio frente a las manifestaciones, para evaluar ex post su legitimidad, antes de desacreditarlas porque no cumplen con el modelo de la tradicional desobediencia civil, y de reprimirlas en consecuencia (2022, p. 104-109). Asume Celikates que este tipo de desobediencias no se agotan en su acontecer, sino que consisten ellas mismas en la apertura de un proceso de diálogo con las instituciones y con la sociedad, en el que se evaluará su pertenencia.

### **3. CUESTIONES METODOLÓGICAS**

#### **3.1. NIVELES DE ANÁLISIS**

Para hacer una clasificación de las desobediencias, el primer paso requerido es delimitar las esferas normativas que regulan las conductas de quienes integran los sistemas de convivencia. Obediencia y desobediencia son los puntos extremos de una relación conflictiva, la normativa. Los sistemas normativos, en todas sus expresiones —morales, jurídicos o políticos— instauran relaciones de obligación en el cumplimiento de sus imperativos. De allí es posible deducir que la obediencia es la condición de posibilidad de dichos órdenes, definidos a partir del seguimiento de sus prescripciones. Moral, derecho y política podrían ser definidos como: conjuntos compuestos por enunciados de preferencia, que son correlato de escala de valores, a partir de los que se establecen jerarquías y vínculos entre los sujetos. Si bien estos

campos son distinguibles disciplinariamente, aparecen superpuestos en las prácticas de cierto tipo de desobediencias. A continuación, la clasificación analítica:

- a) Sistema normativo moral: compuesto por imperativos, mandamientos, preceptos y principios que expresan un ideal de justicia, de bien y de felicidad, compartido por una comunidad. En cuanto al tipo de obligación, corresponde hablar de un tipo de “deber”, en el que no están explicitados ni el órgano sancionador, ni las sanciones a aplicar en caso de no cumplimiento. Por esta razón, se habla de “obligación imperfecta”, porque las sanciones —si es que existen— serían difusas y se aplicarían espontáneamente.
- b) Sistema normativo jurídico: es el plano del derecho, que está compuesto por normas, cuya forma de enunciado condicional contiene como consecuente, la sanción prevista y el órgano autorizado a aplicarla. Por ello se trata estrictamente de “obligación”. Su valor es la validez (legalidad), una propiedad interna al sistema.
- c) Sistema normativo político: está compuesto por enunciados anankásticos<sup>9</sup> y propositivos, que constituyen un programa en el plano doctrinario. Por eso, en relación con las directivas políticas, hablamos de “compromiso”. Su valor consiste en la legitimidad (eficacia), en tanto se traduce en grados de adhesión y apoyo al orden vigente.

Como vemos, el derecho —b)— es el único sistema normativo que establece una relación de obligación fuerte entre los sujetos y las normas. Además, es el que responde a nuestro interés en delimitar la criminalización de las desobediencias, por lo que nos centraremos en el plano jurídico. La teoría jurídica predominante, la positivista, distingue tajantemente los tres planos y, en sentido estricto no habla de obediencia, sino que se limita a hablar de falta de eficacia. Esta puede ser definida como un concepto límite del sistema jurídico: hacia su interior, se define por el grado de aplicación de sanciones; pero hacia el exterior, se define como el grado de acatamiento de las normas, es decir, en la concordancia entre las normas y las conductas (Kelsen, 2011, p. 59).

### 3.2. CLASIFICACIÓN DE GRADOS DE CONCORDANCIA ENTRE NORMAS Y CONDUCTAS

Pero, si bien el aporte kelseniano, fundador de la Ciencia Jurídica, es útil para el estudio del Derecho, presenta algunas limitaciones al momento de tratar con las desobediencias efectivas en los tribunales y procesos, ya que la tendencia es a caer en reduccionismos jurídicos. Las insuficiencias del modelo positivista suele considerar toda desobediencia como ilegalismo y, por lo tanto, como mero delito. Sin embargo, la noción de “no-acatamiento” puede implicar diferentes grados de discordancia entre la norma y las conductas. Esta complejidad, se vuelve evidente cuando Alessandro

---

<sup>9</sup> Los enunciados anankásticos son aquellas proposiciones que indican bajo qué condiciones se logran determinados resultados. En sentido estricto no son proposiciones normativas, ni explicativas, pero tienen un fuerte componente descriptivo. Von Wright (1963, p. 11): “Si corro, el perro puede atacarme. Por lo tanto, si quiero escapar de ser atacado por el perro que ladra, no debo correr. Aquí la norma técnica —o la proposición anankástica subyacente— explica por qué se me dio la prescripción hipotética. Pero esta conexión es accidental, no esencial. Ni la norma técnica ni la relación anankástica se presuponen (lógicamente) en la presentación de la norma hipotética (prescripción).”

Passerin d'Entrèves (1970, 1973, p. 78-90), sostiene que dentro del punto b) es posible reconocer ocho modos diferentes de comportamiento en relación con la ley.

### **Obediencias y Desobediencias Ordinarias:**

- b)1. obediencia consciente
- b)2. respeto formal
- b)3. evasión oculta
- b)4. obediencia pasiva

### **Desobediencias Extraordinarias:**

- b)5. objeción de conciencia
- b)6. desobediencia civil
- b)7. resistencia pasiva
- b)8. resistencia activa

Esta enumeración describe una secuencia que va del mayor grado de concordancia entre conductas y normas, en un alejamiento progresivo, hasta la discordancia más extrema en relación con las normas jurídicas.

No interesan a esta investigación las acciones obedientes, en ninguno de sus grados. El interés central de esta indagación está dirigido hacia las conductas que representan un tipo específico de desobediencia: aquellas que implican algún grado de cuestionamiento de la legalidad y/o de la legitimidad de las normas de los órdenes jurídicos positivos. Este tipo particular de desobediencias, que llamaré “extraordinarias”, consisten en estrategias de socavamiento tanto de alguna norma en particular, de alguna política pública, o bien, de un conjunto de ellas, y suelen presentarse fundadas en principios éticos, inmanentes o trascendentes, en razonamientos estratégicos, jurídicos o procedimentales, en programas políticos o también en visiones pragmáticas, que ponen en cuestionamiento parte de la autoridad de las instituciones.

En cuanto a, la falta de acatamiento “b) 3. evasión oculta”, será considerada como un no-acatamiento ordinario. Este tipo de desobediencia, conocido como delito y, será sólo considerada a los fines de poder establecer que se diferencia con aquellas otras desobediencias, en las causas, la modalidad y en los objetivos.

### **3.3. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LAS DESOBEDIENCIAS EXTRAORDINARIAS**

Para llevar adelante la construcción de una tipología de las desobediencias, se recurrirá a la metodología weberiana que procede a partir de modelos teóricos, llamados “tipos ideales”. Por “modelo” debe entenderse aquí, en un sentido amplio, un diseño teórico, creada a los fines de exponer y explicar relaciones, límites y problemas que de otro modo serían difíciles de evidenciar. Estos constructos analíticos serán útiles a la hora de establecer relaciones entre los diferentes planteos del problema (Weber, 2014, p. 41). Además, los modelos que utilizaré, serán sucesivos en una gradación que mostrará en secuencia un alejamiento en la concordancia entre las conductas y las normas. De ese modo, podré hacer explícita la relación de continuidad y de ruptura que hay entre ellas: cada modelo sucesivo, por lo general, se formula como un grado mayor de cuestionamiento o profundización del modelo anterior. El recurso metodológico de “tipos ideales” busca mostrar que lo que

hay es una relación de traslapamiento<sup>10</sup> entre ellos: ya que al referirse a prácticas, los modelos están afectados de un dinamismo, tal que, vuelve difusos los límites entre los diferentes tipos de desobediencia.

Por ello, de la clasificación antes señalada en el ítem 3.2., tomaré los últimos cuatro tipos de desobediencias: 5) objeción de conciencia, 6) desobediencia civil, 7) resistencia pasiva y 8) resistencia activa. A ellos aplicaré los criterios de análisis diseñados para poder describir las características definitorias. Tomo, como base, la serie de preguntas formuladas por María José Falcón y Tella (2004), y a partir de ellas, he diseñado la siguiente especificación de criterios de análisis, como herramienta metodológica que permita establecer distinciones claras entre las diversas formas de desobediencias extraordinarias:

- a) ¿Para qué de la desobediencia? Refiere a la “finalidad” perseguida, o bien, a las consecuencias esperables:
  - Ser exceptuado de la obediencia de una norma
  - Reformar una(s) norma(s) o políticas públicas/ Derogar una(s) norma(s) / Cambiar políticas de Estado /
  - Cambiar de Estado / Eliminar el Estado
  
- b) ¿Qué de la desobediencia? Por lo que respecta al “objeto” del que trata el hecho, se refiere a lo que se hace:
  - Directa / Indirecta
  - Relación con la acción: Pasivo / Omisivo / Activo / Reactivo
  - Relación con el sistema normativo: Legal / Paralegal / Ilegal
  - Relación con el sistema punitivo: se acepta la punición / se busca escapar de ella
  
- c) ¿Quién de la desobediencia? Es la pregunta por el “sujeto” de la acción u omisión, es quien protagoniza el hecho:
  - Se realiza en primera persona / en nombre de un colectivo o comunidad /
  - Se realiza en nombre de terceros / en nombre de un colectivo o comunidad/ en nombre de la sociedad toda
  - Individual / Colectiva
  - Civil / Estatal
  
- d) ¿Cómo de la desobediencia? El análisis de la “forma” del hecho, es decir, los medios utilizados y la modalidad que está afectada por el factor tiempo:
  - Relación con la voluntad: Deliberado / in-voluntario, Consciente / Inconsciente, intencional / no-intencional,
  - Planificado / espontáneo
  - Relación con el carácter publicitario del hecho: Privado / Público
  - Relación con el uso de la fuerza:
    - Pacífica
    - Violencia auto-infligida
    - No amenazante: Persuasión / Fuerza no violenta / Violencia
    - Amenazante: Coerción no – violenta/ Coerción Violenta
    - Uso de la Fuerza: como consecuencia indirecta / directa; como consecuencia deseada / no deseada
    - Violencia defensiva

<sup>10</sup> Acción y efecto de traslapar o traslaparse: cubrir parcialmente una cosa a otra, superponerse en partes, como las tejas de un tejado.

- Uso de la Fuerza como último recurso
- e) ¿Por qué de la desobediencia? Se busca evidenciar las “razones y fundamentos”, tanto explícitos como implícitos del hecho:
- motivos religiosos, filosóficos
  - motivos éticos, morales, de tipo humanitario o pacifista
  - motivos jurídicos
  - motivos políticos

#### 4. TIPOS DE DESOBEDIENCIAS EXTRAORDINARIAS

A partir de la aplicación de los criterios antes señalados, las desobediencias extraordinarias pueden ser caracterizadas como aquellas que, a partir de señalar un límite a la hetero-normatividad, consisten en una apelación al ejercicio de una relativa autonomía. Podría describirse la conducta como un “salirse del orden” para posicionarse como interlocutores frente a las instituciones, abandonando el lugar de meros receptores del derecho, y de ese modo, producir o generar un impacto en el orden jurídico. Recordemos que para Habermas, las condiciones de posibilidad de la acción comunicativa son formales, de lo que resulta que es necesaria algún tipo de agencia que provea del consenso intersubjetivo necesario para fundamentar ese orden, a través de los argumentos y buenas razones. El componente formal está dado por la corrección del procedimiento que implica comprender a los interlocutores como participantes en la toma de decisiones, a quienes son o serán afectados por ellas, para que expresen sus razones. Por lo que el requisito formal de una sociedad organizada racionalmente no podría dejar fuera de la discusión a quienes serán afectados por las decisiones, ni tampoco puede interrumpir o cancelar el diálogo. Esta condición revela el carácter provisorio del sistema social. Y esto, que a primera vista parece ser un déficit de los órdenes de convivencia, es para Habermas su condición de posibilidad.

La legitimidad de un orden pretendidamente racional no puede fundarse en el temor o en el silenciamiento de sus integrantes, porque ello la inscribiría en un orden pre-moderno. La racionalidad moderna supone que los órdenes jurídico-políticos se fundan en la aceptación por parte de la ciudadanía de las normas que la regula; como así también, implica que la obediencia a las normas no pueden estar motivadas en el temor a las sanciones, sino en el acuerdo de libre voluntad, resultante de un reconocimiento reflexivo de las mismas. Las normas (y sus sanciones) tienen que estar fundadas en un proceso argumentativo/comunicativo siempre renovado o reabierto, del que resultan que las leyes hayan sido debatidas, aprobadas y promulgadas. La legitimidad es el resultado de la corrección de procedimiento que debe ser también sostenida por el reconocimiento de sus destinatarios. Es la ciudadanía quien estará constantemente evaluando la posibilidad de que la ley exprese un interés que pueda ser generalizado, algo así como si estuviera haciendo la pregunta de la ética kantiana, poniéndolo a prueba permanentemente.

Las acciones de desobediencias extraordinarias descritas a continuación pretenden expresar que las normas que ellas impugnan no responderían al requisito del imperativo categórico: es decir, lo que ellas prescriben no cumplen con las condiciones para que puedan ser universalizables (Kant, 1983, p. 70-76).<sup>11</sup> Por ello, no puede exigirse una obediencia jurídica incondicional por parte de los destinatarios, la legalidad necesita ser refrendada por los sistemas de preferencias sociales. La

<sup>11</sup> “Hay que poder querer que una máxima de nuestra acción sea ley universal: tal es el canon del juicio moral de la misma, en general. Algunas acciones están de tal modo constituidas, que su máxima no puede, sin contradicción ser siquiera pensada como ley universal, y mucho menos que se pueda querer que deba serlo.”

legitimidad supone siempre un reconocimiento cualificado, llamado “acuerdo”, resultante de la racionalidad comunicativa, de la que resulta el consenso, basado en razones y argumentos, y no en la amenaza —propia de una racionalidad estratégico-instrumental—.

Objeción de conciencia: en esta caracterización coinciden las definiciones dadas por Rawls (2018, p. 335); Dworkin (1993, p. 293); Raz (2001, p. 227; 2011, p. 340):

- implica el incumplimiento de una norma jurídica
- generalmente está reconocida por principios constitucionales, bajo la forma de “Libertad de conciencia”
- consiste frecuentemente en una conducta omisiva o comisiva que busca evitar otras acciones
- inspirada en convicciones individuales
- consiste (al menos, inicialmente) en un acto de orden privado
- es individual, aunque apele a la toma de conciencia por parte de otros
- siempre pacífica y no violenta
- busca que se lo exceptúe de la obligación de obedecer, por lo que es activa en el cuestionamiento parcial del carácter preceptivo de una norma
- es pasiva respecto del carácter punitivo de la norma
- implica un cierto pesimismo ya que no implica el reclamo de la norma, sino la excepción a su cumplimiento.

Un ejemplo: Durante la última dictadura militar en Argentina (1976-1983) fueron sancionados todas las personas que se opusieron a realizar el servicio militar, como así también, aquellas que se negaron a participar en los homenajes formales a los símbolos patrios. Debido al Estado de sitio, sus acciones no fueron amparadas en los arts.14 y 19 (Constitución de la Nación Argentina)<sup>12</sup>. En 2005 se aprobaron leyes reparatorias en beneficio de las víctimas del terrorismo de Estado que incluyó también a objetores de conciencia sancionados en aquel periodo. [Ver Cuadro N°2]

Desobediencia civil: en esta caracterización retomo lo propuesto por Thoreau (2009, p. 58-61); Falcón y Tella (2009, p. 177); Habermas (1997, p. 55-57); Arendt (2015b, p. 82); Celikates (2022, p. 106):

- interesa especialmente demostrar públicamente que una norma jurídica o una política de Estado determinada es considerada “injusta” o ilegítima
- implica inducir al legislador a cambiarla, por lo que no sería un acto destructivo del sistema normativo, sino innovador
- desobediencia autopercebida como una obligación moral, política o filosófica, por ello reclama ser tolerada
- es “civil”, porque es vista como un acto de ejercicio de ciudadanía acción ejemplar
- tiene carácter estrictamente público, que se manifiesta a través de la irrupción discursiva, ya sea impresa o hablada
- puede ser pacífica o no-violenta a los fines de contrarrestar la violencia institucional. De ese modo busca desactivar estratégicamente el aparato

<sup>12</sup> Art. 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

represivo, ya que suele darse dentro de contextos de violencia, el pacifismo sería un límite a esta.

- si hay violencia, esta será auto-infringida (ayuno, suicidio público, etc.); coerciones menores (interrupción de la circulación, toma de espacios, etc.); como consecuencias no buscadas (accidentes o demoras, etc.); o bien, defensiva, como último recurso.

Un ejemplo: el 8 de julio de 2022, las cooperativas de trabajo que nuclea a pequeños productores hortícolas (Unión de Trabajadores de la Tierra, Movimiento Nacional Campesino Indígena, Agricultura Familiar y otras) realizan un “Verdurazo” frente al Congreso de la Nación Argentina, en Buenos Aires. Desde 2016 esperan que el congreso trate un proyecto de ley que otorgue créditos y subsidios para que puedan acceder a la propiedad de la tierra que cultivan, ya que trabajan en tierras en alquiler. La ilegalidad consiste en violar las normas que regulan el abastecimiento de frutas y verduras, y que prohíben la distribución de estos productos a quienes carecen de los permisos correspondientes. [Ver Cuadro N° 1, 2, 3, 4, 6]

Resistencia pasiva: sigo en esta descripción a La Boétie (2006, p. 43); Gandhi (2014, p. 108-116); Bentouhami-Molino (2018, p. 243-244); Luther King (2018, p. 46):

- pueden ser acciones que se encuentren dentro del marco de la legalidad, pero que están orientadas a subvertir el orden que se obedece por considerarlo ilegítimo, en tal caso, podrían ser públicas
- pero también pueden ser acciones ilegales, por lo que tendrían que mantenerse en la clandestinidad
- omisiva o comisiva
- individual o colectiva
- puede ser pública o clandestina, según el contexto político
- es no violenta, pero puede llegar a serlo como último recurso
- su cuestionamiento está tanto dirigido a la parte preceptiva del derecho, como a la parte punitiva: trata por todos los medios de librarse de la pena
- - no asigna validez al sistema normativo
- - tiene forma del libertad de expresión

Un ejemplo de resistencia pasiva: la actual Asociación Civil de Abuelas de Plaza de Mayo, comenzó como un grupo de madres que tenía el objetivo de localizar y restituir a sus familias legítimas a los niños nacidos en cautiverio y secuestrados durante la última dictadura militar (1976-1983). [Ver Cuadro N° 5]

Resistencia activa: Michel (2021, p. 117); Arendt (1992, p. 110-112) Habermas (1997, p. 61); Gargarella (2014, p. 220):

- acción clandestina, de carácter insurreccional o revolucionario
- no excluye la violencia
- individual o colectivo, orgánicas o inorgánicas
- cambio radical del orden político, abolición del Estado
- impugnan la autoridad del Estado y del Derecho todo
- cuestionan el carácter preceptivo y punitivo del sistema normativo jurídico
- sus manifestaciones van desde el proyecto educativo, la prensa, la edición, los ateneos, las bibliotecas, las pintadas, el panfleto; hasta daños en la propiedad de instituciones oficiales, a través de la huelga, el boicot o el vandalismo; hasta el robo expropiador, el magnicidio, el tiranicidio.

Un ejemplo: “¡Que se vayan todos!” fue un lema surgido espontáneamente en el curso de las protestas populares, piquetes y cacerolazos que caracterizaron a la crisis económica y política en diciembre de 2001 en Argentina. La consigna expresaba la

crisis de representatividad y el desencanto de la población respecto de los gobernantes, exigiendo la renuncia masiva de los gobernantes. [Ver Cuadro N° 5]

## **5. ANÁLISIS COMPARATIVO**

### **5.1. DESOBEDIENCIA CIVIL**

De la tipología presentada tomaré como eje para las comparaciones, la más emblemática y versátil de todas las desobediencias extraordinarias, por su adaptabilidad ha resistido al paso del tiempo y se ha convertido en un recurso estratégico de gran parte del horizonte de pensamiento político y de las acciones contestatarias, tanto de izquierdas como de derechas.

Más allá de todas las polémicas discusiones en torno a su definición, hay una característica que nadie cuestiona. Todos acuerdan en que la desobediencia civil ha de ser pública. Si careciera de esta cualidad, se trataría de otra forma de desobediencia, pero ya no podría llamarse civil. Su civilidad le da el grado de ciudadanía, lo que la volvería tolerable y merecedora de atención. Esta característica, por lo tanto es constitutiva de este tipo de acciones. Esto se debe a los objetivos que esta clase de conductas dice perseguir: busca manifestar el cese en el consentimiento, expresar un desacuerdo con aspectos del sistema jurídico o de políticas públicas, como punto de partida para generar una reconsideración sobre las mismas. La publicidad de sus acciones es el canal para lograr la empatía y el acompañamiento de la sociedad en sus reclamos.

La desobediencia civil es, en consecuencia, una acción comunicativa. Ella implica la irrupción en el espacio de lo público de un discurso disonante, pero que al mismo tiempo es la propuesta de apertura al diálogo, un ejercicio de mostración de las buenas razones para así convocar y lograr el apoyo de la opinión pública. De esta manera, se crea la oportunidad de que las partes expongan sus argumentos, a los fines de encontrar soluciones al conflicto.

El carácter público de las acciones también tiene relevancia en relación con la punición. Los corolarios son dos: primero, dado que la acción es pública, la no-resistencia en las detenciones y la aceptación de las sanciones, es muestra de civilidad, porque en ella se manifiesta que sólo se cuestionan aspectos del orden vigente y que no se pretende ser excepción a la regla (Ver Cuadro N°4 y apartado 5.3.); segundo, las detenciones suelen ser consideradas como parte de las mismas estrategias de visibilización de los reclamos, ya sea a través de las instancias previstas en los procesos jurídicos o bien a través de la difusión que pueda tener el caso a través de los medios de comunicación.

<b>¿Para qué?</b>	Finalidad: se refiere a los fines perseguidos				
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cambiar, anular o proponer una norma o un conjunto de ellas</li> <li>- Cambiar, anular o proponer una política pública o un conjunto de ellas</li> </ul>				
<b>¿Qué?</b>	Objeto: trata sobre aquello que va dirigida la acción materialmente, el aspecto normativo o político contra el que se actúa				
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- DIRECTA → Se viola la norma que se cuestiona</li> <li>- INDIRECTA → Se violan otras normas [SIMBÓLICA]</li> </ul> <p>Relación con el acción:           OMISIVA / ACTIVA / REACTIVA                  Relación con la norma jurídica: I-LEGAL / PARA-LEGAL                  Relación con la punición:        ACEPTA LA PUNICIÓN</p>				
<b>¿Quién?</b>	Sujeto: se pregunta por quién o quiénes protagonizan la acción				
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- INDIVIDUAL → En nombre propio o de 3ros.</li> <li>- COLECTIVA → En nombre propio o de 3ros.</li> </ul>				
<b>¿Cómo?</b>	Modo: se refiere a la forma o a las estrategias de la acción.				
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- PÚBLICA: publicitada y publicitaria</li> <li>- DELIBERADA</li> <li>- NO-VIOLENTA</li> <li>- ORGÁNICA</li> </ul>				
<b>¿Por qué?</b>	Se pregunta por los fundamentos o ámbitos de justificación, autorización o adhesión, que pueden entrar en conflicto				
	Sistema Normativo	Elemento	Valor	Tipo de obligación	Tipo de enunciados
	Moral	Norma moral	Justicia	Deber	Prescriptivos
	Legal	Norma Jurídica o Ley	Legalidad (Validez)	Obligación (en sentido estricto)	
	Político	Programa o Doctrina	Legitimidad (Eficacia)	Compromiso	Anankásticos Propositivos

Cuadro N°1

## 5.2. DESOBEDIENCIA CIVIL Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Más allá de todas los puntos de contactos, sus semejanzas y familiaridad, tal y como puede observarse en el siguiente cuadro comparativo, constituyen dos tipos de desobediencias diferentes. Aunque esto no significa que entre ellas no pueda establecerse una continuidad o correlación, de acciones que comiencen inspiradas en escala de preferencias individuales del orden de lo privado, pero que luego deriven en acciones colectivas y públicas. Pero, el interés de esta comparación no se centra en señalar estas continuidades ni sus semejanzas, sino sus profundas diferencias y como estas fueron utilizadas políticamente.

<b>Objeción de conciencia</b>	<b>Desobediencia civil</b>
Implica un cuestionamiento parcial del sistema jurídico o de sus políticas públicas	Ídem
Privada (aunque puede que devenir pública)	Pública
Individual (aunque puede devenir colectiva)	Colectiva
Espontánea No concertada	Puede ser organizada desde el inicio o iniciar de modo espontáneo y devenir <u>organizada</u>
Conflicto entre la Moral y el Derecho	Conflicto entre el Derecho y la Política
Pesimismo legal	Optimismo legal
No elude la sanción prevista por su ilícito	Ídem
Omisiva	Omisiva o Comisiva
Pacífica	No-violenta (aunque puede considerar daños a 3ros.)
Siempre es Directa (es decir, se realiza en 1ra. Persona)	Puede ser Directa o Indirecta
Se actúa siempre en nombre propio	Se actúa en nombre propio y de terceros (del colectivo, la sociedad, la humanidad, etc.)

*Cuadro N°2*

En la década del '70, tuvo lugar lo que se dio en llamar la "Doctrina de Abe Fortas". Se trataba de la estrategia generada por el juez, así llamado y que fue adoptada por otros jueces. Esta consistía en reducir todas las acciones de desobediencia civil a objeciones de conciencia. Entonces, jurídicamente, estas acciones colectivas en el espacio público,

eran ignoradas, y sus participantes eran juzgados individualmente. Esta modalidad se fundamentaba en la privacidad e inaccesibilidad de los contenidos de conciencia, por lo que no podían presentarse como prueba colectiva en un proceso. De ese modo, al rechazar las demandas colectivas, también se lograba descomprimir el componente político que las acciones de protesta representaban, al reducir las disidencias a cuestiones que atañían exclusivamente al ámbito de la conciencia individual, a la esfera privada (Fortas, 1968).

Este reduccionismo estratégico dio lugar a que muchos teóricos se vieran en la necesidad de aclarar las diferencias. Entre ellos, Raz (2011, p. 324), Dworkin (2018, p. 304), Rawls (2018, p. 347). Y, especialmente, es señalado por Hannah Arendt para quien este reduccionismo reviste aún mayor gravedad: la conciencia tiene un carácter estrictamente individual, por lo que se la debe descartar como concepto político y también discursivo. Por esta razón tampoco podría ser sometida a proceso, ni siquiera individualmente, porque no hay instancia probatoria de su contenido. Esta caracterización, no sólo incurriría en un grave reduccionismo, sino que además estaría confundiendo la esfera política y moral, y con ello también confundiría los dos tipos de sujeto que a ellas corresponden: por un lado, el hombre bueno y por el otro, el buen ciudadano.

<b>Objeción de conciencia</b>	<b>Desobediencia civil</b>
Hombre bueno	Buen ciudadano
Moral	Política
Individual	Colectiva
Privada	Pública
Subjetiva	Opinión pública
No generalizable	Consenso
Monológica	Discursiva

Cuadro N°3

Entonces tal acción sería apolítica, porque el ser individual, se mantiene siempre en la esfera privada. Esto es así, porque para Arendt la desobediencia civil, siempre ha de ser colectiva, porque se da en el espacio compartido, que es donde la pluralidad de las personas se encuentran. Es sólo en esta esfera donde se exponen a la mirada de los otros y pueden reconocerse a través de la de sus acciones y de sus argumentos (*lexis* y *praxis*). Por lo tanto, siempre ha de ser un acto colectivo y discursivo (Arendt, 2015b, p. 75).

### 5.3. DESOBEDIENCIA CIVIL Y DELITO COMÚN

Las teorías que estudian los fenómenos jurídicos se han preguntado, últimamente, por la posibilidad de que la visión tradicional de la ley haya perdido su poder, dado el aumento notable de los delitos y de las protestas. Carlos Nino ha descrito el fenómeno, limitándose al caso argentino, llamándolo “anomia boba”, una suerte de compulsión irreflexiva a violar las leyes, aún en el propio perjuicio (Nino, 2019, p. 35). En relación

con las causas, la expansión de la delincuencia, como búsqueda de un beneficio propio a través de la violación de la ley, muy probablemente se deba a la crisis de representatividad y a la pérdida de eficacia de los estamentos intermedios que deben canalizar las demandas de la sociedad civil. Además, a este escenario habría que agregar el desprestigio generalizado de las instituciones policiales que saturan los tribunales con falsos positivos, por los abusos en las represiones de las manifestaciones sociales, ya sea que se trate de colectivos vulnerables, como ancianos, niños, mujeres, etc.

<b>Desobediencia criminal o común</b>	<b>Desobediencia civil</b>
Viola las normas, pero no para modificarlas	Viola las normas para efectuar un cambio en ellas
No hay una elección de la norma a transgredir	Hay una planificación de las normas a transgredir
Busca un beneficio personal	Busca un beneficio para la sociedad o el colectivo
Es clandestina, oculta	Es pública,
Pretende eludir la sanción prevista por su ilícito	No elude la sanción prevista por su ilícito

Cuadro N°4

Sería un error considerar que estas dos violaciones de la ley son equiparables e indistinguibles. La identidad entre ambas conductas sólo puede ser afirmada si se las evalúa desde una mirada exclusivamente externa. Pero, si se tuviera en cuenta que para el derecho penal son importantes para su juzgamiento tanto la intención, la planificación previa, como la instrumentalización de los actos, estas desobediencias tendrían que poder ser diferenciadas. Se hace así de la desobediencia civil un caso especial de criminalidad, aunque ambas ilegalidades difieran en las causas que lo producen, en la modalidad y en el tipo de objetivos que persiguen. Empecemos por los móviles de la ilegalidad llamada delincuencia: no está en sus intereses proponer un cambio normativo en el derecho, ni de políticas públicas; en cambio, esta es la motivación central de la desobediencia civil. En cuanto a la modalidad del acto, también difieren en lo siguiente: el delito común es una desobediencia clandestina, evasiva y oculta; a diferencia de la desobediencia civil que es pública, comunicativa, deliberativa y, abierta a la resolución del conflicto. Finalmente, el delito común actúa en nombre y en beneficio propio, a costa y en desmedro de otros ciudadanos; la desobediencia civil actúa en nombre de un bien que, en última instancia, trasciende la individualidad, contribuyendo al bien común. Por ello consiste en un gran error equipararlas. Prueba de ello es la disposición a no resistirse a las sanciones previstas, que tradicionalmente caracterizó a la desobediencia civil, es decir que, a pesar del riesgo de ser castigados, de ver afectado su estado de bienestar personal, este está subordinado a un bien mayor. Esta es una de las maneras de dar muestras de su civilidad. Y de alguna manera, el desobediente civil, logra así compensar —al menos, en parte— las consecuencias negativas no queridas que las acciones de las manifestaciones pudieran causar. Los desobedientes civiles no buscan ser considerados una excepción.

Establecidas las distinciones, resulta muy difícil de justificar que estas dos desobediencias puedan recibir el mismo trato en tribunales, y que las intenciones de las acciones de desobediencia civil puedan ser ignoradas. Corresponde a juristas, preguntarse por la pertinencia

o corrección de equiparar, subsumir y juzgar de igual manera, aquello que es escandalosamente diferente.

#### 5.4. DESOBEDIENCIA CIVIL Y RESISTENCIAS PASIVA Y ACTIVA

Otra forma frecuente de desconocer la especificidad de la desobediencia civil es identificarla con distintas formas de resistencia, con las que mantiene notables diferencias. Esta confusión puede estar condicionada por el hecho de que las acciones de resistencia han estado presentes a lo largo de la historia, que va desde las primeras teorizaciones en la baja Edad Media, que se consolidan en la Edad Moderna y que llegan hasta nuestros días. Por esta razón la teoría del derecho de resistencia cuenta con una extensa tradición de pensamiento que la fundamenta.

Desobediencia civil	Resistencia	
	Pasiva	Activa
Se produce en el contexto del Estado de Derecho	Su contexto es el del Despotismo y del Totalitarismo	
Pública y No-violenta	Clandestina	Clandestina
	No-violenta	Violencia como último recurso
Cuestiona parcialmente el sistema jurídico-político	Cuestiona el sistema jurídico-político en su totalidad	
“La ley es la ley”	“Lo que es justo una vez, lo será por siempre”	
Legalismo autoritario	Autoritarismo dogmático	
Equipara al desobediente al delincuente común	Equipara al desobediente al enemigo de guerra	
Encarnizamiento jurídico	Represión pseudo-legal	

*Cuadro N°5*

Si bien puede ser incluido entre las conductas consideradas como desobediencias, en sentido estricto, estas acciones consisten en una defensa del propio sistema jurídico-político que se encuentra amenazado por un invasor o un orden despótico. La desobediencia civil sólo cuestiona aspectos del Estado de derecho, pero lo respeta en general; la resistencia activa cuestiona todo un orden que considera ilegítimo, pero lo hace en pos de la obediencia a un orden que tiene su vigencia entre paréntesis. El contexto diferente hace que la modalidad en la realización condicione el tipo de acciones, en las que es de suma importancia la clandestinidad, porque está en riesgo la vida. Rawls desaconseja que se realice la desobediencia civil en órdenes despóticos, tendría connotaciones suicidas. La clandestinidad suele ser la condición de posibilidad para poder seguir resistiendo (2018, p. 347). La confusión entre ambas formas de desobediencia puede radicar en que a la resistencia pasiva, se la suele conocer como “resistencia civil”,

precisamente por su renuncia a toda instancia coercitiva. Ella suele recurrir a “acciones mínimas”, discretas, creativas de obstaculización de los proyectos de dominación del orden impuesto. Si tuviera que dar una imagen, diría que es como “el trabajo de la hormiga”: sutil, silencioso, casi imperceptible, pero muy eficaz.

## 6. CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

En la clasificación de relaciones entre las normas y las conductas, propuesta por Passerin d'Entrèves (1973, p. 78-90) en el apartado 3.2., no estaba incluida la categoría de protesta social. Esto es así, porque en realidad este concepto es más abarcativo: podría estar refiriéndose tanto a una huelga regulada y declarada legal por el orden jurídico o, incluso, podría referirse a cortes de calles o piquetes; podría ser una caravana que transita al costado del camino, como a una multitud reunida en una plaza. Es un concepto polisémico. Pero podríamos anclar una connotación que expresa su sentido: protestar es decir “no”, protestar es señalar un límite, es poner una barrera (Heinrich, 2012, p. 15). Parece un acto negativo, pero en realidad es la afirmación de una *potestad*: autoafirmación de la voluntad. En definitiva, es un acto de libertad.

*La dialéctica es la defensa que le queda a la emancipación aún pendiente contra la represión que sufre el diálogo en las situaciones de dominio. Decir no o protestar, sólo es, pues en última instancia, una invitación a pensar dialécticamente. [...] Las protestas sólo adquieren fuerza en la medida en que empiezan identificándose con aquello contra lo que se dirigen. (Habermas, 1997, p. 395)*

Lo cierto es que a pesar de su polisemia y del amplio espectro de posibles acepciones, ha sido tradicionalmente asociada —de entre todas las otras formas de desobediencia extraordinaria— a la histórica desobediencia civil. Tal y como puede observarse en los esquemas a continuación [Cuadro N° 6 y N° 7], ambos tipos se corresponden en todos los puntos, menos en uno de ellos: el de la conducta frente a la punición, por parte de quienes se manifiestan (\*)<sup>13</sup>. Esto se ha dado, en gran medida por las respuestas represivas desproporcionadas, concertadas entre las instituciones policiales de control y de administración de justicia. Este proceso es llamado “criminalización de la protesta social” que consiste en un género de represión selectiva de las manifestaciones consideradas conflictivas.

---

<sup>13</sup> En los Cuadros N° 6 y N° 7 se señala con (\*) la conducta de la protesta social en relación con la predisposición a aceptar las sanciones previstas. La aceptación de la punición ha sido históricamente un rasgo destacado por su práctica y por la tradición teórica. Esa condición es una de las formas de diferenciar estas estrategias de desobediencia de otras, especialmente la del delito común.

<b>Protesta social</b>	<b>Desobediencia civil</b>
Siempre Colectiva	Individual o Colectiva
Elude la punición (*)	Acepta la punición
Pública	Pública
En nombre propio y/o de 3ros.	En nombre propio y/o de 3ros.
Acción u Omisión	Acción u Omisión
No-violenta o Coerción leve contra 3ros. o Violencia defensiva	No-violenta Coerción leve contra 3ros.
Legal – Paralegal – Ilegal	Ilegal – Paralegal

Cuadro N°6

El mecanismo implica la inteligencia previa, la identificación de quienes son considerados referentes de la protesta, se los persigue y se los encarcela (incluso cuando estos hayan surgido de modo espontáneo). Este proceso se complementa con la judicialización de la protesta, y este paso implica dos instancias:

- 1°. Se reforman los códigos y otras leyes penales, se tipifica como delitos gravísimos las formas tradicionales de lucha.
- 2°. Los manifestantes son formalmente acusados y procesados individualmente, y finalmente, condenados, desconociendo el carácter político de las acciones.

El resultado es que las demandas que motivaron las manifestaciones pasan a un segundo plano, y los medios de comunicación se centran en estigmatizar a los referentes sociales, mostrándolos como agentes perturbadores del orden y un peligro para la sociedad. Muchas veces las represiones por parte de la policía están justificadas por acciones violentas de los manifestantes, pero que en ocasiones son causadas por infiltrados y provocadores. En consecuencia, muchas de las formas tradicionales de manifestación de las disidencias caen en un profundo desprestigio (Gargarella, 2006, p. 29-32). Estas circunstancias producen una doble desconfianza: por un lado, los manifestantes se resisten a ser detenidos por la falta de garantías en los procesos jurídicos; por otro lado, esta evasión de la pena, produce en la sociedad una mayor desconfianza sobre los fines perseguidos por los manifestantes, porque han fallado en prueba de su civilidad, y por ello son equiparados con criminales comunes (\*) [Ver Cuadro N°7 y apartado 5.3.]. El análisis realizado por Oscar Correas propone, para comprender esta perversión del sistema normativo, una doble indagación: la de las condiciones de legitimación y las de reproducción:

- a) Condiciones de legitimación de ese proceso, que se da a través de un discurso del orden, judicializado, institucionalizado, académico y estatal, expresión racional

del *status quo*. Este discurso se expresa a través en las legislaciones, en las que se cristalizan cada vez más limitaciones a la libertad.

- b) La otra línea de indagación, que es complementaria de la anterior, es la de las condiciones de reproducción de las prácticas jurídicas que tras el eufemismo de “mera aplicación” de normas, opera un reduccionismo normativista que funde y confunde todo no-acatamiento con el delito.

De ese modo se contribuye a consolidar órdenes políticos cada vez más represivos de toda expresión de disidencia. Los procesos judiciales a los manifestantes son utilizados para aleccionar a través de la creación de precedentes, de modo tal que se desaliente a futuras manifestaciones de desacuerdos, en base a severas condenas aplicadas. Así a través de la generación de jurisprudencia se sienta jurisprudencia, entonces, a la vez que se alecciona a los procesados, también consiste en una advertencia que busca desalentar otras manifestaciones.

Pero, lo cierto es que, lejos de desalentar las expresiones de las disidencias en el espacio público, estas han logrado persistir reformulándose de modo creativo, inventando otras formas de ocupar el espacio público pero con performances controladas y limitadas en el tiempo, para desorientar a los infiltrados. Así, también es posible evitar ser identificados, detenidos y criminalizados. Tal es el caso de los *flash mobs*: es un grupo de personas que se reúnen repentinamente en un espacio público, actúan durante un breve tiempo y luego se dispersan rápidamente. Así evitan la represión y logran comunicar las demandas. Generalmente están organizados a través de las redes sociales, donde luego son compartidos los videos de la protesta.<sup>14</sup> Un ejemplo de ello es la coreografía recitada “El violador en tu camino”, diseñada por un colectivo de mujeres llamado “Las Tesis”, de Chile, en 2019. Luego esta performance fue representada por colectivos de muchos otros países y ya fue traducida a catorce lenguas.

<b>Protesta social</b>	<b>Desobediencia criminal o común</b>
Legal (Huelga) o Ilegal Puede violar normas como último recurso para lograr un cambio en ellas	Ilegal Viola las normas, pero no para modificarlas
Hay una planificación de las normas a transgredir	No hay una elección de las normas a transgredir
Busca un beneficio para la sociedad	Busca un beneficio personal
Es pública	Es clandestina, oculta
Elude la sanción prevista por su ilícito A causa del encarnizamiento judicial (*)	Pretende eludir la sanción prevista por su ilícito

*Cuadro N°7*

La imaginación puesta en marcha logró desactivar los mecanismos que buscaban poner fin al asedio al poder que las desobediencias extraordinarias representan.

<sup>14</sup> El término fue acuñado en 2003, surgió con fines comerciales, pero fue rápidamente adoptado por los colectivos y minoría para comunicar demandas.

## CONCLUSIÓN

Las desobediencias extraordinarias son el recordatorio siempre presente de que, lo que se da en llamar “Estado de Derecho” no es una construcción acabada, sino una “empresa accidentada”, cuya dinámica está encaminada a establecer y conservar un orden jurídico, renovarlo o ampliarlo. Está por ello, sujeto a revisión y adaptación permanente. Pero este control de “legitimidad” no puede esperar a que los estamentos intermedios, tales como: los partidos políticos, los parlamentos o sindicatos, o los medios de comunicación, realicen la tarea de canalizar las demandas, porque son medios que han priorizado sus propios fines. No sólo se ha revelado la crisis en la relación de representación, que ha llevado casi a la muerte de los partidos políticos; sino también, y fundamentalmente, porque estos estamentos e instituciones han caído dentro de la lógica del sistema, por lo que sólo responden a las exigencias intra-institucionales y no a las demandas del entorno. Por esta razón, Habermas considera que la desobediencia civil, no sólo es necesaria, sino que también, es preciso que se mantenga por fuera de la lógica de los sistemas, tanto del económico, del político y especialmente, del jurídico: porque de este modo, corre el riesgo de volverse sistémica, poniéndose al servicio de los imperativos estratégicos.

La desobediencia civil puede ser el preanuncio de correcciones e innovaciones de las instituciones estatales. Pero, la única manera de desempeñar ese papel es el “asedio” desde fuera de los parámetros institucionales, esto es, seguir manteniéndose en la ilegalidad, en los entornos del sistema. Serán las expresiones de la ciudadanía, en la esfera de la sociedad civil quien garantice la legitimidad –aunque no exclusivamente, ya que esta también se funda en la corrección del procedimiento–. Pero esto tampoco significa que la desobediencia civil sea “infalible”. Dice Habermas: “los locos no tienen por qué ser los héroes de mañana [...] la desobediencia civil se mueve en la penumbra de la historia contemporánea, lo que hace difícil para los coetáneos una valoración político-moral del acto” (Habermas, 1997, p. 61).

Más allá de todas las teorizaciones citadas, la situación actual muestra una relación inversamente proporcional entre los niveles de tolerancia, por parte de las instituciones represivas con las manifestaciones de las disidencias, y el crecimiento exponencial de las acciones de protesta, dado el aumento de la marginalidad y de la brecha en la distribución de los ingresos. Por esta razón, el problema debe ser abordado en su complejidad jurídico-política y en su emergencia social, para arribar a conclusiones que sean útiles a la hora de comprender las diferentes formas de las desobediencias extraordinarias. Sobre todo, se trata de brindar herramientas metodológicas para analizarlas e ir en auxilio de otras disciplinas, que por desconocer el tipo de acción con el que trata, pueden llegar a desvirtuarlas. La tarea que nos corresponde es la de colaborar en brindar mayor claridad a estas manifestaciones sociales que han llegado para quedarse.

Antígona, Sócrates, Espartaco en la antigüedad, pasando por Thoreau, Gandhi, hasta Snowden, las desobediencias extraordinarias son algo más que resistencias esporádicas, son una constante en la historia. Aunque vayan mutando de formas, en esencia son una expresión de la capacidad humana de decir “no” a la imposición de las instituciones y, al mismo tiempo, son la ocasión para el diálogo. También son una reacción sensible a los excesos del poder que busca poner límites, aunque a veces conlleven el riesgo de que esas manifestaciones mismas puedan incurrir en excesos. En definitiva, son un gesto de profunda humanidad que reclama ser analizado.

**BIBLIOGRAFÍA**

**ARENDETT, Hannah (2015a)** “Sobre la violencia”, en *Crisis de la república*. Buenos Aires: Cuenco de Plata.

**ARENDETT, Hannah (2015b)** “Desobediencia civil”, en *Crisis de la república*. Buenos Aires: Cuenco de Plata.

**ARENDETT, Hannah (1992)** *Sobre la revolución*. Madrid: Alianza.

**BAKUNIN, Mijail (1973)** *Tácticas revolucionarias* (selección). Buenos Aires: Proyección.

**BAKUNIN, Mijail (1978)** *El Estado y la Comuna*. Madrid: Zero.

**BEDAU, Hugo (2002)** *Civil Disobedience in Focus*, Compilación. Londres: Ed. Routledge.

**BENTOUHAMI-MOLINO, Hourya (2018)** *Deponer las armas*. Buenos Aires: Prometeo.

**CELIKATES, Robin (2022)** “Desobediencia civil, democracia radical y teoría crítica de la política”, en *Filosofía y cambio social*. Gianfranco CARUSO, Compilador. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

**CORREAS, Oscar (2011)** *La criminalización de la protesta social*. México: Coyoacán.

**D’AURIA, Aníbal (2012)** *Teoría y crítica del Estado*. Buenos Aires: Eudeba.

**DWORKIN, Ronald (1993)** *Los derechos en serio*. Madrid: Planeta.

**FALCÓN Y TELLA, María José (2000)** *La desobediencia civil*. Barcelona: Marcial Pons.

**FALCÓN Y TELLA, María José (2004)** *El ciudadano frente a la ley*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina.

**FALCÓN Y TELLA, María José (2009)** “Objeción de conciencia y desobediencia civil: similitudes y diferencias”, *Anuario de DDHH*, Volumen 10, Madrid.

**FORTAS, Abe (1968)** *Concerning dissent and civil disobedience*. Nueva York: The New American Library.

**FROMM, Erich (1981)** *Sobre la desobediencia*. México: Paidós.

**GANDHI, Mahatma (2010)** *Política de la no violencia*. España: Diario Público.

**GANDHI, Mahatma (2014)** *Escritos selectos*. España: Miraguano.

**GARGARELLA, Roberto (2014)** *El Derecho a la protesta*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires

**GARGARELLA, Roberto (2006)** *Carta abierta sobre la intolerancia*. Buenos Aires: SXXI.

**HABERMAS, J. (1997)** “La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de Derecho”, en *Ensayos Políticos*. Barcelona: Ed. Península.

- HABERMAS, J. (2010)** *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- HEINRICH, Klaus (2012)** *Ensayo sobre la dificultad de decir no*. Ciudad de México: FCE.
- IBARRA, Elina (2021)** *Las formas de la desobediencia*. Buenos Aires: Secretaría de Investigación, de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- IBARRA, Elina (2024)** *¿Qué es el Estado? Y otros escritos anarquistas*. Buenos Aires: Anarres.
- KELSEN, Hans (2011)** *Teoría Pura del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- KANT, Inmanuel (1983)** *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa-Calpe.
- KROPOTKIN, Piotr (2001)** *Palabras de un rebelde*. Buenos Aires: Edhasa.
- LA BOÉTIE, E. de, (2006)** *Discurso sobre la servidumbre voluntaria*. Buenos Aires: Editorial Araucaria.
- LOCKE, John (1998)** *Carta sobre la tolerancia*. Madrid: Ed. Tecnos.
- LUTHER KING Jr., Martin (2018)** *Letter from Birmingham Jail*. London: Ed. Penguin Books.
- LUTHER KING Jr., Martin (2010)** *Un sueño de libertad*, España: Diario Público.
- NINO, Carlos (1989)** *Ética y Derecho Humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- NINO, Carlos (2019)** *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Editorial Ariel.
- NOZICK, Robert (2012)** *Anarquía, Estado y Utopía*. Ciudad de México: FCE.
- MICHEL, Louise (2021)** *La Comuna de París*. Buenos Aires: Anarres.
- PASSERIN d'ENTREVÈS, Alessandro (1970)** *Obbedienza e resistenza in una società Democratica*. Milano: Edizioni di Comunità.
- PASSERIN d'ENTREVÈS, Alessandro (1973)** *Obbligo político e libertà di coscienza*. Milano: Riv. Int. Filosofia Del diritto.
- RAWLS, John (2018)** *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- RAZ, Joseph (2001)** *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.
- RAZ, Joseph (2011)** *La autoridad del derecho*. Ciudad de México: Coyoacán.
- RUSSELL, Bertrand (1984)** “La desobediencia civil y la amenaza de guerra nuclear”, *Revista Mientras tanto*, N°19, Julio, Buenos Aires, pp. 61-67.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de (2011)** *Refundación del Estado en América Latina*. Bogotá: Siglo XXI.
- THOREAU, Henry (2009)** *Desobediencia civil*. Buenos Aires: Utopía Libertaria.

**VON WRIGHT, Georg Henrik (1963)** *Norm an action*. Londres: Routledge & Kegan Paul Editors.

**WEBER, Max (2014)** *Conceptos sociológicos fundamentales*. Madrid: Alianza.

*Recibido el 07 de marzo de 2024; aceptado el 3 de mayo de 2024.*

# EL ESTADO DE NECESIDAD ¿ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO?<sup>15</sup>

THE STATE OF NECESSITY IS IT AN INDETERMINATE LEGAL CONCEPT?

**Hernán Diego Herrera**<sup>16</sup>

Universidad Nacional de San Luis  
hernanherrera@hotmail.com

**Resumen:** El artículo 34 del Código Penal argentino establece el Estado de Necesidad como una eximente penal, pero omite detallar sus parámetros de aplicación, efectos jurídicos, clasificación teórica (ya sea como estado de necesidad agresivo o defensivo), así como también su rol sistemático en la teoría del delito (esto es, si se trata de una causa de justificación o de una causal de exclusión de la culpabilidad). Ante esta ausencia de precisión normativa, un sector minoritario de la doctrina y algunos fallos judiciales proponen una interpretación flexible, particularmente en casos de vulnerabilidad y violencia de género, argumentando que tal flexibilidad se justifica por la ambigüedad de la ley y es coherente con la naturaleza plural del derecho penal argentino.

**Palabras claves:** Estado de necesidad, interpretación, tolerancia a la imprecisión legal.

**Abstract:** Article 34 of the Argentine Penal Code designates the state of necessity as a penal exculpatory factor. However, it fails to detail its application parameters, legal effects, theoretical classification (whether as an aggressive or defensive state of necessity), and its systematic role within the theory of crime (namely, whether it serves as a cause for justification or a ground for exclusion of culpability). In the face of this normative imprecision, a minority within legal scholarship and certain judicial rulings suggest a flexible interpretation, particularly in instances of vulnerability and gender-based violence, positing that such flexibility is warranted by the law's ambiguity and is consistent with the pluralistic nature of Argentine criminal law.

**Keywords:** State of necessity, interpretation, tolerance of legal imprecision.

---

<sup>15</sup> Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PROICO 15-20 “Derecho y Lenguaje: Análisis y delimitación de criterios judiciales”. Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de San Luis.

<sup>16</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, Máster en Derecho Penal y Ciencias Criminales por la Universidad de Sevilla (España), Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Mendoza. Es Profesor Adjunto de la materia Derecho Penal Parte Especial en la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis. (UNSL).

## I. Introducción

Existen diversas situaciones en las que una acción típica puede considerarse justificada, es decir, no antijurídica. Tales circunstancias se conocen como causas de justificación, que son permisos otorgados por la ley para realizar una acción típica en situaciones específicas. Ahora bien, tales causas de justificación no solo tienen efectos en el ámbito penal, sino que también pueden tener implicaciones en otros ámbitos del derecho, como el civil o administrativo, ya que esto se debe al principio de unidad del orden jurídico, que impide que una acción sea permitida en un ámbito y prohibida en otro. Asimismo, las causas de justificación —a diferencia de las excusas— benefician a los partícipes y eliminan la responsabilidad civil de su autor, ya que no hay motivo para exigir la reparación de un daño que el derecho permite o habilita.

Las causas de justificación por necesidad reconocidas por la ciencia penal son tres: el *estado de necesidad agresivo* (un sujeto en peligro logra salvarse del mal que lo amenaza con daño a un tercero), el *estado de necesidad defensivo* (un sujeto en peligro causa un mal al sujeto que, sin atacarlo, de algún modo es responsable por el peligro), y la *legítima defensa* (un sujeto se defiende, reacciona, contra un ataque de otro), debiendo aclararse que en el presente trabajo solo nos ocuparemos de las dos primeras situaciones.

A partir de ello, cabe destacar que el uso de la expresión Estado de Necesidad (en adelante EdN) recae sobre aquel grupo de situaciones sociales en las que se realiza una conducta típica que termina siendo necesaria ante un peligro actual o inminente de daño que amenaza bienes o intereses jurídicamente protegidos. Esta situación es característica de los dilemas que surgen en los estados de necesidad, donde las decisiones que se adopten deben equilibrar y ponderar los valores y derechos en conflicto.

Se aclara que la dogmática penal analiza ambos estados de necesidad —defensivo y agresivo— bajo la categoría del *EdN justificante*, cuando una acción necesaria frente a un peligro inminente protege derechos legítimos, causando un daño menor al bien jurídico salvaguardado. En otras palabras, dichos comportamientos son considerados justificados cuando a través de los mismos se evita que ese daño lesione otro bien jurídico de menor valor que el salvaguardado con la acción necesaria. Dicha solución surgiría del artículo 34 inciso 3° del Código Penal (C.P.), que contiene una regla de aplicación general que regula el EdN, señalando que no resulta punible aquel que “causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño”. De esta forma, se autoriza a un sujeto a cometer un daño sobre un bien jurídico ajeno (que pertenece a otro que no ha infringido la ley) para evitar un mal mayor (ya sea sobre un bien jurídico propio o ajeno). Por ejemplo, se permite el hurto de un vehículo para salvar una vida o la entrada sin permiso a una propiedad (violación de domicilio) para escapar de un agresor.

Sin embargo, nos encontraremos frente a un supuesto de *exclusión de culpabilidad* (también denominado de *EdN exculpante o disculpante*) cuando el mal que se ocasiona es igual o mayor que el que se evita, de allí que solo excluye la culpabilidad, cuando no es exigible una conducta menos lesiva. Tal situación ha sido ilustrada clásicamente con el ejemplo de la *tabula unius capax*, también conocida como la tabla de *Carnéades*; en este caso, se plantea la situación hipotética de un naufragio donde dos personas se encuentran en el mar, y una de ellas logra obtener una tabla flotante que solo puede soportar el peso de una persona. Ante esta situación desesperada, la persona que no tiene la tabla podría ser eximida de responsabilidad penal si decide tomar la tabla para salvar su vida, incluso si esto implica privar al otro individuo de su medio de salvación. El referido ejemplo sirve para ilustrar la idea de que en situaciones extremas de peligro vital, la conducta que en condiciones normales sería considerada un acto ilícito puede llegar a ser exculpada bajo el principio de EdN, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos como la proporcionalidad entre el mal causado y el bien protegido, la ausencia de otro medio para evitar el peligro, y la ausencia de deber de sacrificio por parte del sujeto que realiza la

conducta necesaria para salvarse. Ahora bien, esta situación es ubicada por la doctrina en el artículo 34 inciso 2° del C.P., ya que se considera que dicho comportamiento carece de un umbral de libertad suficiente como para poder afirmar que la comisión del hecho ilícito fue una elección del sujeto. En efecto, la libertad constituye el fundamento de la culpabilidad, permitiendo así establecer el correspondiente juicio de reproche que justifica la sanción por el delito cometido. La elección libre de una conducta antijurídica se somete al juicio de culpabilidad, siempre que haya sido posible para el sujeto actuar de acuerdo con la norma prohibitiva. Por lo que, en situaciones donde no se puede demandar del individuo una conducta conforme a la norma, debido a la imposibilidad de actuar correctamente, se cuestiona la exigibilidad y, por ende, la validez del reproche.

Se aclara que la metodología seguida para la elaboración de este trabajo es de tipo cualitativa y se centra en la revisión de textos fundamentales del derecho penal, la normativa argentina -especialmente el artículo 34 del Código Penal- y el estudio de algunos casos judiciales dictados recientemente en nuestro país, todo ello con el objeto de intentar desentrañar los fundamentos del EdN, así como también sus requisitos de procedencia y límites. Sin perder de vista que en estos supuestos, la ley permite que se ocasione un daño o se afecte a un tercero inocente —como resultado de un contexto situacional específico de necesidad en el que se encuentra el autor de la acción—, y que nos encontramos frente a tipos penales abiertos de permisión y de inexigibilidad de conducta, que le otorgan al juez la facultad de interpretar y aplicar la ley con cierta flexibilidad en función de las circunstancias del caso.

## **II. Naturaleza jurídica y Fundamentos del Estado de Necesidad**

En las ciencias sociales se discutió la idea y el modo de tratar el EdN. En este sentido, de conformidad con la escuela filosófica clásica del Derecho natural, el orden jurídico mismo parecería quedar abolido en el estado de necesidad (así opinaban entre otros Grocio, Pufendorf).

Posteriormente adquirió preponderancia, tanto en la legislación como en la ciencia, la postura de Kant (1797) para quien la fuerza irresistible, generada por la necesidad, excluye la responsabilidad. Este filósofo, sostuvo que el EdN no altera la ilicitud del acto, que sigue siendo contrario a la ley. Asimismo, señaló que la amenaza de una pena futura no disuade a una persona que enfrenta un peligro inmediato y seguro, ya que su accionar resulta necesario para evitar un mal inmediato. Añadiendo que, en estos supuestos de necesidad extrema, el individuo intentará evitar el peligro inmediato (muerte, hambre, lesión grave) aunque deba desobedecer la ley, ya que la pena futura y poco segura no compite con la urgencia presente. Concluyendo que la ley no puede prevenir la conducta ilícita en estas circunstancias, de allí que el Estado renuncie en estos casos a su derecho de imponer una pena, reconociendo su ineficacia práctica en estos contextos.

Por su parte, Hegel (1821) aborda el estado de necesidad como una situación en la que una persona se ve obligada a actuar en contra de la ley debido a circunstancias extremas e inevitables. Para Hegel, el estado de necesidad plantea un conflicto entre la moralidad y la legalidad. Aunque reconoce la posibilidad de que la ley ceda ante la necesidad en casos extremos donde la vida o la libertad están en juego, considera que esto no constituye una justificación moral completa. Dicho autor, sostuvo que “el derecho no puede ser violado por un fin, por noble que sea, sino solo por otro derecho”. Esta afirmación refleja su posición respecto a que la legalidad debe prevalecer sobre la moralidad en términos generales, aunque reconoce excepciones en situaciones de extrema urgencia.

Entre los primeros dogmáticos del derecho penal, se encuentra el positivista Von Listz (1881) quien sostuvo que el estado de necesidad era principio esencial para el equilibrio del sistema jurídico. Según su enfoque, el estado de necesidad justificaba la realización de una conducta típica cuando este era necesario para evitar un mal mayor, destacando que funcionaba como un mecanismo de equilibrio que permite la protección de bienes jurídicos fundamentales. Dicho autor enfatizó la importancia de considerar las circunstancias individuales de cada caso al aplicar el estado de necesidad, ya que la evaluación de la proporcionalidad entre el mal causado y el mal evitado desde su perspectiva era crucial para determinar si una conducta encajaba dentro de este principio justificante.

Luego, Beling (1944) –enrolado en la mencionada concepción jurídico-dogmática positivista– propuso una teoría que reflexionaba sobre el valor relativo de los bienes jurídicos en juego a efectos de determinar la licitud de un acto en EdN. Según esta teoría, un acto sería lícito si el bien jurídico que se salva es de mayor valor que el bien jurídico sacrificado. En cambio, sería ilícito si el bien jurídico salvado es de menor valor que el bien sacrificado. Si ambos bienes jurídicos tienen el mismo valor, el acto sería considerado irrelevante para el Derecho y se equipararía a un caso fortuito. Dicha teoría se basaba en una evaluación comparativa de los bienes jurídicos involucrados en la situación de necesidad, ya que consideraba que el Derecho debe proteger y preservar los bienes jurídicos de mayor valor, incluso si esto implica sacrificar un bien de menor valor. A través de dicha teoría, el referido autor positivista buscaba establecer un equilibrio entre la protección de los bienes jurídicos y la necesidad de actuar en situaciones de extrema urgencia.

Por su parte Mezger (1935) –uno de los precursores de la concepción normativista–, el estado de necesidad excluye la antijuridicidad siendo por tanto considerado como una causa de justificación.

Mayer (1954) sostuvo que el EdN actúa igual que la coacción, privando al individuo de la libertad de obrar y excluyendo, por lo tanto, la culpabilidad. Añadiendo que, en estas situaciones, el individuo se encuentra ante una disyuntiva extrema en la que debe elegir entre causar un daño a un bien jurídico ajeno o permitir que un mal mayor ocurra, ya sea sobre un bien jurídico propio o ajeno (pp. 375-388). Esta elección forzada elimina la posibilidad de actuar de manera completamente libre y voluntaria, similar a lo que ocurre en casos de coacción.

El padre de la concepción finalista, Welzel (2004) consideró al estado de necesidad como una situación en la que una persona se ve obligada a actuar contra la ley para evitar un mal mayor o proteger un bien jurídico. Para este autor, el estado de necesidad no justifica el acto, pero excluye la culpabilidad del individuo. Por lo que distingue entre dos tipos de estado de necesidad: el justificante, cuando se sacrifica un bien jurídico para salvar otro de mayor valor, y el exculpante, cuando se actúa para evitar un mal grave e inminente y no hay otra opción razonable. En ambos casos, el acto sigue siendo formalmente ilícito, pero el individuo no puede ser culpado por su realización debido a la extrema necesidad en la que se encontraba.

Jescheck (2002), a favor de la ponderación de intereses, sostiene que, a diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad “solo descansa sobre el principio de la conservación del interés amenazado de mayor valor” (p. 387).

Por su parte, el funcionalista Roxin (1997), refiere que si el Derecho Penal y el derecho en general constituyen una regulación socialmente justa de intereses contradictorios, el estado de necesidad requiere, per se, siempre una colisión de intereses legítimos. Destacando que, en todo caso, el acto ejecutado en estado de necesidad sólo es admisible cuando el peligro no puede evitarse de otro modo (principio de subsidiariedad). A esta situación, la restrictividad propia de la materia penal añade la exigencia de que se trate de un peligro real, actual o inminente sobre bienes jurídicos propios o ajenos. Asimismo, refiriéndose a las modificaciones introducidas en el Código Penal Alemán, señala que en

estos supuestos se combinan dos principios: el de la ponderación de intereses a favor de la preponderancia sustancial sobre el interés que se menoscaba y la valoración ético-social positiva, en el sentido de que se trate del “empleo correcto para un fin correcto” (p. 686). Según otras perspectivas, no todas las situaciones cubiertas por el estado de necesidad tienen un fundamento común subsumible en el interés preponderante o la ponderación de intereses o bienes. Si la actuación necesaria es reactiva o defensiva (estado de necesidad defensivo), el principio de justificación es similar al de la legítima defensa, mientras que si la actuación es agresiva, el principio es la solidaridad, en ambos supuestos con límites racionales (proporcionalidad). Esta es la postura de Jakobs (1997) -precursor del funcionalismo sistémico o radical- quien refiere que el principio de responsabilidad agrupa a las justificantes en las que el conflicto se suscita por el comportamiento imputable (por organización) a la víctima (por ej., legítima defensa, estado de necesidad defensivo), mientras que el principio de solidaridad fundamenta las justificantes en las cuales se recurre a la víctima en beneficio principalmente de la generalidad (estado de necesidad agresivo, intervenciones estatales por sospecha), y que cada principio se encuentra recortado por el principio de proporcionalidad que remite a la ponderación de intereses entre daño producido y bien salvado (pp. 421-422).

En Argentina, Soler (1992) sostuvo que el estado de necesidad justifica la acción porque el ordenamiento jurídico debe permitir la realización de la conducta que, ante un conflicto de bienes, opta por la protección del más valioso. Según Soler, este instituto se fundamenta en el principio de que el Derecho no puede exigir al individuo que sacrifique un bien más valioso cuando puede evitar un mal mayor mediante una acción típicamente antijurídica (pp. 312-315).

Por otra parte, Núñez (1992) destaca que el estado de necesidad debe ser evaluado con un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, donde el juez tiene un rol crucial en determinar si la acción realizada en un contexto de necesidad es justificable a la luz de los bienes jurídicos protegidos; de allí que considerara que el estado de necesidad encuentra su fundamentación a través del principio del interés preponderante, que asume la salvaguarda del interés o bien más valioso (pp. 318-319).

Bacigalupo (1999), resaltó que el estado de necesidad debe ser analizado no solo desde la perspectiva de la ponderación de bienes, sino también considerando la razonabilidad y proporcionalidad de la acción realizada (pp. 375-378).

Carlos Creus (2003) plantea que el estado de necesidad debe ser visto como un mecanismo de balance entre los intereses en conflicto, permitiendo que, en situaciones extremas, se pueda optar por la realización de una conducta típica si esta resulta imprescindible para evitar un mal mayor. Añadiendo que la legitimación de esta conducta se basa en un juicio de ponderación concreto y en la proporcionalidad del daño causado en relación con el mal evitado.

Por su parte, Donna (2008) sostiene que la fundamentación del estado de necesidad descansa en la ponderación de bienes o intereses, en la cual ingresan criterios valorativos, tales como la comparación entre los bienes en conflicto, el mal causado y el mal evitado (pp. 271-272).

En similar sentido, Zaffaroni et al. (2011) destaca que la fórmula legal argentina “no indica como criterio la ponderación abstracta de los bienes jurídicos, sino que requiere una ponderación concreta de males”, en los que ingresan como criterios de ponderación la intensidad de la afectación objetivamente como en relación a las circunstancias personales de los titulares de los bienes y a la proximidad del peligro acaecido (p. 634).

Como se advierte, en la doctrina no existe un verdadero consenso acerca de la naturaleza jurídica del EdN. Sin perjuicio de ello, adherimos a la postura asumida por Zaffaroni (2011), ya que consideramos que la misma se ajusta a una concepción de derecho penal liberal-democrático, en tanto que reconoce la convivencia de diferentes criterios axiológicos. Repárese que dicho instituto del derecho penal permite la afectación de diferentes bienes jurídicos (por ej., la propiedad, el honor o la libertad), de modo tal que

resultaría viable la lesión de casi todo bien jurídico, a excepción de la vida de las personas, desde que no cabe jerarquizar vidas humanas (de allí que el homicidio nunca pueda justificarse por estado de necesidad).

De ello se sigue que el obrar bajo un EdN puede traer aparejada una multiplicidad de resultados, por lo que su aplicación no debe basarse únicamente en un análisis utilitarista de los intereses en juego. Es crucial adoptar un enfoque contextual y proporcional, considerando las circunstancias específicas del caso y los valores implicados en la interpretación de la ley. Así, se evita reducir la cuestión a un mero conflicto de intereses y se asegura un análisis integral que tenga en cuenta, el riesgo o peligro acaecido, la relevancia jurídica de los bienes o intereses en pugna, la intensidad de los males a salvaguardar y menoscabar, y las características personales de los involucrados.

### **III. Ubicación sistémica del Estado de Necesidad**

A diferencia de lo que sucede en nuestro país, una parte considerable de la doctrina extranjera (especialmente en Alemania) considera que todos los estados de necesidad son justificantes. Esto implica que incluyen en el ámbito de la antijuridicidad los casos de estado de necesidad exculpante, en los cuales el mal que se ocasiona es igual o mayor que el que se evita, y que solo excluyen la culpabilidad cuando no es exigible una conducta menos lesiva. Este posicionamiento se corresponde con las teorías unificadoras, las cuales sostienen que el estado de necesidad es siempre un problema de justificación y que encuentra su lugar sistemático en el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Entre los autores que tratan de manera uniforme el conflicto de colisión de bienes o intereses iguales o equivalentes dentro de la justificación, se encuentra el español Gimbernat Ordeig (1990), quien señaló que en los casos de estado de necesidad no es necesario realizar una ponderación valorativa. Argumenta que la ley, por diversas razones, ha renunciado a amenazarlos con una pena, por lo que considera que en estos supuestos se excluye la antijuridicidad.

Criticando tales posiciones unitarias, De La Rúa (2014) señaló que dicho tratamiento unificador resulta inadmisibles en nuestro sistema legal argentino. Esto se debe a que el artículo 34 inc. 3° del Código Penal requiere un conflicto entre bienes o intereses desiguales, según su texto literal, que solo contempla la situación de quien actúa para evitar un mal mayor. En este sentido, coincidimos con lo postulado por el difunto maestro cordobés, ya que no se puede obligar a una persona a abstenerse de actuar y aceptar la pérdida o menoscabo de un bien o interés al cual el derecho objetivamente le reconoce un mayor valor.

Conforme a lo expuesto, la doctrina argentina se inclina hacia las teorías diferenciadoras. La ubicación sistemática del estado de necesidad está condicionada por la entidad de los bienes jurídicos en disputa. Es decir, si los bienes o intereses en conflicto son desiguales en términos de su importancia, de manera que el bien que se lesiona con la acción necesaria es de menor peso o entidad que el que se salvaguarda, el conflicto se resolverá en la categoría de la antijuridicidad, bajo la figura de una causa de justificación. Por otro lado, si el mal que se ocasiona es superior o equivalente al que se evita, el conflicto se tratará entonces como un estado de necesidad que excluye la culpabilidad. En consecuencia, esta corriente, que representa la postura doctrinaria dominante, diferencia dos tipos de estados de necesidad: el justificante y el exculpante.

#### IV. Clasificación del Estado de Necesidad

Como se mencionara anteriormente, la dogmática distingue dos clases de estado de necesidad: el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante.

- 1) Nos encontramos frente a un obrar en *estado de necesidad justificante* cuando concurren las siguientes circunstancias: *i-* Existencia de un peligro inminente, *ii-* La acción necesaria debe ser el único medio disponible para contrarrestar el peligro (inexigibilidad de otra conducta) y salvar un bien jurídico de mayor valor (evitación de un mal propio o ajeno), sacrificando un bien de menor valor, y *iii-* No debe haberse generado la situación de peligro (falta de provocación intencional).

A su vez, dicho estado de necesidad justificante suele ser subdividido en:

- a. *Estado de necesidad defensivo*: en estos casos la situación de peligro a evitar procede del bien jurídico a afectar, o sea el propio objeto ofensivo es portador del peligro (por ej. el ataque de un animal). De allí que a los intereses de defensa hay que considerarlos superiores a los intereses de conservación reconocidos por parte del bien agresor. Para ser claros, digamos que se puede disparar al perro que nos ataca, aunque este posea un elevado valor económico, pero no, por ejemplo, para evitar que ensucie el jardín de nuestra vivienda.
- b. *Estado de necesidad agresivo*: (es el más común), el bien que se sacrifica es ajeno al peligro, y de menor valor al interés que se preserva. Por ejemplo, alguien rompe la ventana de la casa de su vecino para ingresar a su vivienda, a fin de hacerse del extinguidor de incendio, y muñado de éste poder combatir el fuego que súbitamente se desarrollo en otra vivienda del barrio.

Sin embargo, el criterio dominante respecto a esta distinción es que el estado de necesidad defensivo comparte estructura con la figura de la legítima defensa, pero no estaría regulado como tal en nuestro sistema legal.

Por lo demás, y a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, cabe reconocer que en el estado de necesidad justificante, si pueden ser susceptibles de salvamento los bienes jurídicos de la comunidad.

Finalmente, si bien podría decirse que, el mal causado es menor que el evitado cuando un cirujano extrae un riñón sin el consentimiento del paciente sano, y se lo coloca a otro gravemente enfermo, a quien le salva la vida. Díaz (2018, p. 302), señala que debe introducirse una restricción que complementa a este instituto, como es la autonomía ética del hombre. Añadiendo que no se debe utilizar a ninguna persona como medio para los fines de otra, la conducta de salvamento no puede violar gravemente la dignidad humana. Por lo que considera que resultaría inadmisibles cuantificar bienes jurídicos incommensurables, como la vida y la dignidad, ya que todas las vidas tienen igual valor, y no se puede sacrificar a una persona para salvar a otra.

- 2) Nos encontraremos frente a un obrar en estado de necesidad exculpante cuando el bien jurídico lesionado es de igual jerarquía que el defendido. Como ocurre en el caso del naufrago que mata a otro en mar abierto, pues la única tabla que flota sólo puede resistir el peso de uno de ellos, no pudiendo exigirle al autor del homicidio una conducta distinta a la de salvar su vida, lo que traslada esta figura al elemento de la teoría del delito de la culpabilidad.

Por tales razones, es que se indica que quien actúa en estos casos, se encuentra en una situación de alteración motivacional que lo lleva a la inexigibilidad de una conducta distinta a la cometida, la cual finalmente resulta ocasionando un daño sobre otro bien jurídico.

De allí que se sostenga que en estos supuestos:

(...) no cabe realizar una ponderación de bienes jurídicos como sucede en el estado de necesidad justificante, puesto que en el estado de necesidad exculpante donde colisionan bienes del mismo valor, el derecho protege por igual la vida de las personas (Villavicencio Terreros, 2016, p. 639).

Por lo demás, se sugiere que los bienes jurídicos sobre los que puede recaer el peligro, solo pueden ser la vida, la integridad corporal o la libertad, y que “dicho peligro debe ser actual, inminente y significativo” (Armanza Galdós, 2003, p. 329).

A ello se añade que debemos encontrarnos frente a un caso de **inexigibilidad de otra conducta, ello por cuanto la** irreversibilidad de atentar contra el bien jurídico vida (por ej. en los casos de canibalismo), nos obligan a mantener la exigibilidad de otra conducta frente a alternativas de lesión reversibles. De allí que este requisito propuesto por la doctrina debe determinarse en función de las posibilidades de actuación de las que dispone el agente en el momento concreto de la realización del hecho y solo podría aplicarse a un círculo limitado de personas, en tanto que no se trata de una exención abierta a cualquier sujeto, solamente se exime de pena a quien realiza una conducta típica si el peligro le afecta a sí mismo o a una persona con quien tiene estrecha vinculación, concretamente a sus familiares, amigos o a su pareja.

Además de los requisitos antes expuestos, se tiene por aceptado que esta causa de exculpación no procede si al agente pudo exigírsele que acepte o soporte el peligro en atención a las circunstancias, como lo serían los deberes derivados de una posición jurídica especial (policía, bomberos, etc.). Sin embargo, debe decirse que estos deberes especiales de tolerancia no son absolutos, sino únicamente giran en torno a la exigibilidad de la conducta. Por ejemplo, no se le podría exigir a un soldado que lesione en lugar de exponerse a una muerte segura.

- 3) Cabe recalcar que, la referida clasificación, no se trata de una mera disquisición académica o teórica, si no que implica un asunto que posee relevancia práctica, en tanto que el EdN justificante convierte al acto en lícito y el EdN exculpante si bien impide la imposición de una pena al autor -pues, el derecho prescinde de su aplicación-, deja subsistente el injusto, y con ello, la prohibición legal del comportamiento, al tiempo que pueden traer aparejada la obligación de indemnizar dicho daño. Al mismo tiempo, dicha diferenciación tiene impacto en la punibilidad o no de sus partícipes; en la relevancia o no del error sobre los presupuestos fácticos de la concurrencia del EdN, y en la admisibilidad o inadmisibilidad de la legítima defensa contra la acción realizada en situación de necesidad.

## V. Estado de Necesidad Justificante

### 1. TIPO OBJETIVO DEL EDN JUSTIFICANTE:

a) *Determinación del interés de mayor valor*: En cuanto a la forma de determinar cuál es el interés de mayor valor, Donna (2008, p. 272), señala que no queda otro camino que hacerlo con un criterio objetivo de acuerdo con las valoraciones del derecho, analizando los bienes jurídicos en juego y el grado de peligro verificado. Luego, añade que debe

verificarse si la acción de salvamento emprendida resulta idónea para neutralizar el peligro (juicio de adecuación).

En efecto, un buen punto de partida podría ser acudir a las escalas penales para establecer parámetros de comparación, pero también debe tenerse en cuenta que la protección de la vida y a la integridad física son superiores, frente a la preservación de otros valores derivados de la personalidad, u otros bienes jurídicos supraindividuales, así como también los bienes patrimoniales.

Por lo que debe reconocerse que no existe una fórmula unitaria y absoluta, sino que sólo es posible indicar una serie de directrices que servirán de guía para un razonamiento tópico.

*b) El Peligro:* Se trata de una situación donde de acuerdo con las circunstancias concretas existentes del caso, la producción del daño aparece como probable, según los principios generales de la experiencia. Así entonces, habrá peligro cuando un objeto entra en el radio de acción de un determinado hecho, con la probabilidad de ser lesionado. Se trata pues de un estado objetivo de peligro en el que se encuentra el bien jurídico, cuyo proceso de no ser interrumpido ha de concluir en su inminente lesión, por lo que se torna impostergable la acción salvadora.

Debe advertirse que el peligro, como estado en el que está una cosa, requiere de un enfoque distinto y de una objetividad mayor al de una conducta peligrosa en el marco de los delitos de peligro concreto, puesto que en estos últimos el peligro es ya un estado producido. Por eso mismo, trasladar hasta aquí el concepto de los delitos de peligro concreto no resultaría correcto, pues éstos presuponen un peligro incrementado que sólo por casualidad no se traduce en el resultado. En el EdN justificante, en cambio, el grado de realización de peligro tiene relevancia para la ponderación de intereses, pero no para reconocer que ya hay peligro. Así entonces, el peligro se da ya cuando no sea totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico.

*c) La Noción de Inminencia:* Existe cuando de no actuar el daño se va a producir, desde una perspectiva objetiva y experimentada. En este sentido, el peligro es actual cuando, conforme a la experiencia se pone de manifiesto que si continúa evolucionando de modo natural será con seguridad inminente la producción del daño, en caso de que no se intervenga para impedirlo. Incluso en ocasiones se justifica tomar medidas anticipadas, aun cuando no sea inminente la producción del daño, de comprobarse que no sería posible hacerle frente con posterioridad, o sólo lo sería corriendo riesgos desproporcionados.

*d) Reacción adecuada – Medio empleado:* Debe constatarse que la acción de salvaguarda es la única posible a los efectos de evitar el peligro al bien jurídico: ello habilita la instrumentalización de intereses ajenos de menor valor, como se dijo, si se demuestra que la reacción resulta impostergable y cuando no exista otra posibilidad. En efecto, el medio empleado ha de ser el adecuado y el más benigno entre los disponibles; esto quiere decir, el menos lesivo para bienes ajenos. No obstante ello, el juicio de adecuación se formula ex ante, a diferencia de lo que ocurre con la constatación del peligro, que se realiza ex post.

*e) Ajenidad:* En lo concerniente al requisito de ajenidad del actuante respecto del origen del peligro, cabe precisar que ésta es una regla que se ha matizado con el correr de los años. En su origen, desde una concepción del hombre más individualista, se afirmaba que quien causó un peligro, que perezca en él. Hoy día, si lo que están en juego son bienes jurídicos inconmensurables, se admite que quien generó por su conducta un accidente vehicular puede dañar propiedad ajena para salvar su vida, mucho más respecto de otros con quienes los vincula una posición de garantía, cuya fuente puede ser la ley, un contrato o un actuar precedente, respecto de los cuales tiene el deber de actuar.

## 2. TIPO SUBJETIVO DEL EDN JUSTIFICANTE:

Desde nuestra perspectiva, el estado de necesidad no puede ser puramente objetivo, sino que necesariamente implica un componente subjetivo. Para que se configure, es crucial que el peligro sea objetivo, ya que cualquier suposición errónea del autor sobre la inexistencia de un peligro debe ser tratada dentro del marco de la teoría del error de prohibición. Además, este peligro objetivo debe estar presente en la mente del autor, motivándolo a actuar para neutralizar dicho peligro en defensa del interés preponderante.

Por lo tanto, consideramos que resulta necesario que el autor posea conocimiento, ya sea actual o potencial, de los elementos objetivos y normativos de la situación de necesidad. En efecto, es necesario que el sujeto sea consciente de la existencia inminente de un peligro para un bien, sin que sea requerido un juicio negativo valorativo. En otras palabras, no es necesario que el sujeto valore negativamente la situación para actuar en consecuencia.

En resumen, se excluye la justificación cuando, a pesar de que el contexto objetivamente habilitaría la actuación, ésta se produce por una coincidencia puramente casual, es decir, cuando no existe una relación directa entre la acción y la evitación del mal mayor.

## 3. ERROR SOBRE LA CONCURRENCIA DEL EDN JUSTIFICANTE:

El error en estos casos puede clasificarse en dos categorías:

a) *Error Invencible*: Se considera invencible cuando la persona, actuando con la diligencia debida, no podría haber evitado el error. En estos casos, el error excluye la culpabilidad, dado que el sujeto actuó bajo una percepción razonable de estar en una situación de necesidad justificante.

b) *Error Vencible*: Se considera vencible cuando el sujeto podría haber evitado el error actuando con la diligencia exigible. En estos casos, aunque el sujeto actuó bajo un error, la imputabilidad y, por ende, la culpabilidad, no quedan excluidas. Dependiendo de las circunstancias, el error vencible puede llevar a una reducción de la pena, pero no a su exclusión total.

En la práctica, la evaluación de un error sobre la concurrencia de un estado de necesidad justificante requiere un análisis detallado de las circunstancias del caso. La jurisprudencia ha desarrollado varios criterios para determinar si un error es vencible o invencible, tales como la situación personal del autor, su conocimiento y experiencia, y las condiciones en las que se encontraba al momento de actuar.

Desde una perspectiva doctrinal, Zaffaroni (2011, p. 531) sostiene que el error invencible, al excluir la culpabilidad, debe llevar a la absolución del sujeto. A su vez, Finocchiaro (2011, p. 143), por otro lado, enfatiza la necesidad de una evaluación objetiva de las circunstancias para determinar si el error era realmente inevitable, sugiriendo que se examinen las condiciones particulares del caso y del imputado y que a todo evento correspondería proceder a su morigeración o atenuación, siempre dentro de las escalas previstas por el legislador penal.

Consideremos el siguiente ejemplo: Una persona, al ver un incendio en una vivienda, rompe una ventana para entrar y rescatar a quienes cree atrapados adentro. Posteriormente, se descubre que el incendio estaba controlado y que no había personas en peligro. Si esta persona actuó con la creencia razonable de que existía un peligro inminente y que su acción era necesaria, podría invocar un EdN justificante. Sin embargo, si se demuestra que, con un mínimo de diligencia, podría haber sabido que no había peligro real, se podría argumentar que su error fue vencible.

En conclusión, el error sobre la concurrencia de un estado de necesidad justificante es un aspecto complejo del derecho penal que requiere una evaluación cuidadosa de las circunstancias específicas de cada caso. La correcta comprensión y aplicación de este concepto es fundamental para garantizar que se haga justicia, tanto en la absolución de aquellos que actúan bajo una percepción errónea pero razonable, como en la condena de aquellos que no toman las precauciones necesarias para evitar cometer dicho error, estableciendo así una sanción adecuada.

## VI. Estado de Necesidad Exculpante

### 1. GENERALIDADES:

Como se adelantara, para confirmar la culpabilidad en un caso particular, es imprescindible que el sujeto que ha cometido un injusto penal sea imputable. Esto significa que cuente con la capacidad psíquica para comprender la criminalidad del acto y, que además posea el conocimiento potencial de la antijuridicidad, es decir, no debe haber actuado bajo un supuesto de error de prohibición invencible. Finalmente, es necesario que el sujeto haya tenido un ámbito de autodeterminación, lo cual implica que pudo haber actuado conforme a derecho. Solo así se le puede reprochar el injusto penal que ha cometido.

De acuerdo con el principio constitucional de culpabilidad, es necesario que se cumplan ciertos requisitos en la conducta de una persona para que ésta pueda ser sancionada penalmente por el injusto penal cometido. Es imprescindible comprobar en cada caso particular que el sujeto pudo haber actuado conforme a derecho.

El artículo 34, inciso 2º del Código Penal, contempla el supuesto de coacción o estado de necesidad exculpante:

Art. 34.- *No son punibles: 2º. "El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente".*

La primera parte de esta disposición se refiere a la ausencia de conducta debido a una fuerza física irresistible. En la segunda parte, el sujeto, en principio, tiene la posibilidad de actuar de otra manera, pero no se le puede exigir que lo haga, ya que el derecho no puede exigir a las personas que actúen de manera heroica.

En el ámbito de autodeterminación del sujeto, los supuestos que lo excluyen son el estado de necesidad exculpante y la coacción. Algunos autores también incluyen el miedo insuperable, aunque éste puede considerarse un supuesto de coacción. En estos casos, existe una situación motivacional anormal.

Sin embargo, en el análisis de la culpabilidad, se observa que, aunque se trata de un sujeto imputable y consciente de la antijuridicidad de su acto, no tenía el ámbito de autodeterminación necesario. Sería irracional que el Estado exigiera a una persona actuar como un héroe en tal situación.

Zaffaroni (2011) nos explica que:

*“La situación de necesidad puede provenir de propias funciones fisiológicas como hambre, sed, movimiento, reposo, evacuación, etc., incluso si tienen su origen en una enfermedad, como puede ser un síndrome de adicción” (...) “si estas necesidades fisiológicas alcanzan un extremo de intolerancia que supera la capacidad de control de sujeto, desplazan el estado de necesidad por un supuesto de ausencia de acto por fuerza física irresistible proveniente del propio organismo. El hambre o la miseria, continúa, pueden crear situaciones de necesidad, pero no necesariamente lo son. El código se refiere a la misma como atenuante, -o sea cuando no ha llegado a ser*

*una situación de necesidad-, en el art. 41, pero, si se dan los extremos del art. 34, inc. 3º, será entonces una necesidad justificante” (p. 497).*

## **2. REQUISITOS DEL EDN EXCULPANTE:**

El estado de necesidad exculpante es similar al estado de necesidad justificante, con la diferencia de que este último excluye la antijuridicidad, mientras que el exculpante excluye la culpabilidad.

- a. Peligro inminente: Debe existir un peligro que ya se está produciendo o que es inminente. Este peligro puede provenir de la naturaleza o de un tercero. Si no hay un peligro inminente, no se puede invocar el estado de necesidad exculpante.
- b. Acción necesaria: La acción realizada debe ser la menos lesiva posible. No debe haber otra opción para salvar el bien jurídico sin afectar gravemente otro bien jurídico.
- c. Valor de los bienes jurídicos: A diferencia del estado de necesidad justificante, en el estado de necesidad exculpante no se requiere que el bien jurídico salvado sea de mayor valor que el bien jurídico afectado. Aquí se considera que el sujeto no podía actuar de otra manera debido a la falta de autodeterminación.
- d. Límites: Para el EdN exculpante rigen los mismos límites desarrollados para el EdN justificante. Señala De La Rúa (2014) que la fórmula legal del artículo 34, inciso 2º, del Código Penal no exige la inevitabilidad, pero está limitada, al igual que la justificación, por el principio de proporcionalidad (p. 247) Si existe otro medio no típico para conjurar el mal inminente y grave, o uno menos lesivo, estas alternativas eliminan la necesidad racional de cometer el acto ilícito, que es la situación considerada para evaluar la reducción del ámbito de autodeterminación

## **3. SITUACIONES ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON EL EDN EXCULPANTE:**

En cuanto a la provocación de la situación de necesidad, a diferencia del estado de necesidad justificante, en el estado de necesidad exculpante no se exige que el sujeto sea extraño al mal causado. Así, quien provoca la situación de necesidad también puede invocar el estado de necesidad exculpante, aunque podría reconducirse la responsabilidad penal a una conducta previa imprudente, aplicando la teoría de la "actio libera in causa".

En los casos de error sobre la situación de exculpación, hay dos posiciones doctrinales:

- i. Visión subjetiva: La culpabilidad es puramente subjetiva. Si el autor se sintió impedido por una fuerza exterior, aunque esta no existiera objetivamente, estaría exculpado.
- ii. Error vencible e invencible: Solo el error invencible puede exculpar al autor. Si el error es vencible, habrá culpabilidad y, por lo tanto, delito doloso.

Finalmente, cabe añadir que el EdN exculpante también puede aplicarse en casos de delitos culposos, siempre que se cumplan los requisitos mencionados. Por ejemplo, un chofer obligado a trabajar excesivamente podría invocar este estado si su fatiga causa un accidente.

## **4. TIPO SUBJETIVO DEL EDN EXCULPANTE:**

El EdN exculpante requiere del conocimiento –por parte del sujeto- de las amenazas de un mal grave, ilícito e inminente; ya que, para considerar a estos casos como una situación en la que el autor carece de un ámbito de autodeterminación, ello solo puede ser experimentado por quien percibe de esta manera. Por lo tanto, solo basta con el conocimiento de lo que objetivamente constituye una amenaza para un bien jurídico propio o de un tercero, cuya concreción es inminente o actual, si no se comete el acto ilícito.

No se exige actuar con el propósito de salvar un bien, pues lo decisivo es la reducción del ámbito de autodeterminación (en tanto se requiere una acción condicionada por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente). Por lo tanto, basta con la existencia objetiva

de un riesgo para un bien propio o ajeno, debido a un mal grave e inminente, que implica implícitamente dicha motivación, ya que, si esa salvaguarda fuera indiferente para el autor, no habría una reducción del ámbito de autodeterminación.

## VII. Indeterminaciones conceptuales vinculadas al Estado de Necesidad

Como se explicitara, la doctrina dominante de nuestro país reconoce en el artículo 34 inc. 3° del C.P. un efecto justificante del estado de necesidad, al observar la disposición referida a la exigencia de provocar un mal inferior al que se pretende evitar, y se ocupan del efecto exculpante del estado de necesidad cuando se trata de un mal equivalente o superior al que se pretende evitar, a través de la figura prevista en el art. 34 inc. 2° (esto es quien obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente). Sin embargo, algunos pocos se oponen a esta solución y otros reclaman la necesidad de regular un estado de necesidad exculpante.

Ahora bien, existen autores que sostienen que poco importa si el bien jurídico lesionado es de igual jerarquía que el bien jurídico defendido, ya que *“lo que distingue a un estado de necesidad del otro es la diferente gravedad entre los males en juego y no meramente cuáles son los bienes o grados de lesión producidos”* (Truccone Borgogno, 2016, p. 272), por lo que en estos casos resultaría posible que el EdN que deba aplicarse sea el justificante y no el exculpante.

Lo cierto es que han ocurrido casos en nuestro país, en los que algunas mujeres han dado muerte a hombres violentos y maltratadores, incapaces de enfrentar el peligro de otra manera menos lesiva. Estos casos han generado acaloradas discusiones y opiniones judiciales divergentes. Algunos consideran que esta conducta podría estar justificada, mientras que otros la enmarcan como un estado de necesidad exculpante. Por ejemplo, el Dr. Brizuela, Juez de Garantías N° 4 de General San Martín, Provincia de Buenos Aires, sobreescribió a una mujer que mató a su marido abusador con 185 puñaladas después de haberlo denunciado siete veces por violencia de género. Determinó que la mujer actuó en un “estado de necesidad disculpante o exculpante” de acuerdo con el artículo 34 inc. 2° del Código Penal.<sup>17</sup>

En lo que todos coincidimos, es que el punto de partida del estado de necesidad es la constatación de una situación de peligro. Cuando este elemento está presente, la esencia de la eximente se acepta sin más. Por ello, nos parece que este requisito cumple una función primordial. Es decir, actúa como un filtro en la selección de los casos que posteriormente requieren cumplir con el resto de los requisitos postulados por la doctrina.

Ahora bien, al existir un espacio de indeterminación en la posible producción del mal grave e inminente, la ejecución de la conducta de salvaguarda menos lesiva, y el daño producido, es posible sospechar, que junto con la cuestión de la eventual responsabilidad penal del agente necesitado, surjan interrogantes en torno a qué efectos deben aplicarse en contextos de violencia de género, intrafamiliar o cuando se encuentran involucradas personas en situación de vulnerabilidad. En cuanto a esta última problemática, consideramos que atento la diversidad de casos que puede abarcar el instituto del estado de necesidad, resulta beneficioso que nuestros legisladores no hayan explicitado previamente los efectos justificantes o exculpantes en la regulación del art. 34 del Código Penal, dado que tal circunstancia les permite a los jueces identificar en cada caso concreto los presupuestos fácticos en los que se sacrifica la propiedad u otros bienes jurídicos, resultando ello esencial para que los mismos puedan establecer parámetros de justificación o exculpación. No desconocemos que deba tener presente el principio del

<sup>17</sup> Fallo publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/05/fallos89166.pdf>

interés preponderante, pero tampoco pueden perder de vista otros criterios de ponderación, como la solidaridad, responsabilidad, y todas aquellas cuestiones relacionadas con el abordaje de la violencia infantil y de género para resolver los casos que llegan a la justicia, por lo tanto consideramos que los operadores jurídicos debemos ser tolerantes frente a este tipo de imprecisiones legales, en particular por cuanto nos hallamos frente a tipos abiertos, cuya interpretación debe ser cerrada por los magistrados. Sumado a ello, cabe recordar que la teoría del injusto personal (propuesta por el finalismo), señala que las voces “justificación” y “exculpación” forman parte del aspecto negativo de las categorías analíticas del delito, “injusto” y “culpabilidad”, en su orden, y que integran la estructura básica de la atribución de la responsabilidad penal. A partir de ello surge que un rasgo común a los conceptos justificación y exculpación es, entonces, su adscripción al instituto de las “eximentes” de responsabilidad, de las que son modalidades. Pero he aquí que *la dinámica del sistema de las eximentes* en la teoría del delito no es concebida unitariamente, admitiéndose significados y regulaciones diversas en los ordenamientos jurídicos del mundo, de allí que las expresiones “justificación” y “exculpación” adquieran sentidos y límites teóricos y normativos distintos en nuestro país, aunque no necesariamente contrarios entre sí.

En consecuencia, y siendo consustanciales a una noción de justificación y exculpación, propia de la tolerancia de la imprecisión (que a continuación explicitaremos), cabe sostener que no siempre resultará posible calificar *a priori* el efecto del EdN a través de un ejercicio intelectual que, forzosamente, pretenda utilizar los presupuestos referenciados por la doctrina mayoritaria, sin reflexionar acerca de su conveniencia en el caso concreto.

### VIII. Tolerancia de la imprecisión: ¿nuevo paradigma?

Dada la importancia de determinar si el EdN constituye una causa de justificación o exculpación, así como la posible necesidad de una regulación específica que refleje esta dualidad en nuestro sistema legal penal, consideramos relevante recurrir a la doctrina de la *tolerancia a la imprecisión* propuesta por el filósofo estadounidense Greenawalt (1986, pp. 89-108).

En efecto, como se mencionó anteriormente, la regulación del EdN en el marco del sistema penal argentino ha generado objeciones que requieren una postura definida. Sin embargo, la respuesta no es sencilla, ya que actualmente se debaten los criterios para determinar la concurrencia del estado de necesidad y sus límites ético-sociales. A pesar de ello, abogamos por abordar esta problemática desde una única perspectiva, tanto en su efecto justificante como exculpante, dado que ambos institutos derivan de una misma disposición legal (art. 34 del C.P.) que solo aclara su imposibilidad de castigo.

Dicho enfoque permitiría determinar de manera razonable si la disposición se ajusta a los estándares de una norma permisiva o de inexigibilidad. La pregunta entonces es si esto es suficiente para delimitar un área de indeterminación que la doctrina y la jurisprudencia deben definir.

Como se ha mencionado, una interpretación más precisa del EdN en el artículo 34 del Código Penal implicaría claridad en dos aspectos: primero, respecto al concepto dogmático subyacente al estado de necesidad en el ordenamiento jurídico argentino, es decir, el reconocimiento de la base conceptual en la que se fundamenta la norma; y segundo, sobre el papel del intérprete en la determinación de los efectos del estado de necesidad. Aunque esta imprecisión sea inherente a la regulación, las dificultades para definirla son tan frecuentes que requieren una reflexión.

En este sentido, es relevante mencionar lo planteado por Greenawalt (1986), quien al intentar distinguir entre causas de justificación y excusas legales en el sistema legal de

Estados Unidos, propone la teoría de la tolerancia a la imprecisión. Este jurista identifica los costos sustanciales asociados con la distinción entre justificación y excusa, destacando que tales intentos de categorización pueden tener un valor práctico al ahorrar tiempo y energía a jueces, abogados y litigantes. Añadiendo que las etiquetas legales (tipos penales) son inevitablemente engañosas, ya que no siempre pueden responder de manera definitiva a cuestiones en las que la doctrina está profundamente dividida. Estas circunstancias y los costos operativos (judiciales), lo llevan a afirmar que, la ley siempre es defectuosa por su permanente imprecisión, añadiendo que hay que ser tolerante frente a ello. Por lo que sugiere que el tratamiento que debe otorgársele tanto a las causales de justificación, como a las excusas legales debe ser el mismo. Destaca además que, la ley es necesariamente tosca; que su actual imprecisión, es en sí misma una advertencia que la ley no intenta poner una etiqueta moral precisa para cada caso de comportamiento. De allí que el reconocimiento de los bienes e intereses jurídicos en pugna, puede servir para lograr una solución razonable, y ello puede ser mucho más saludable que pretencioso, de allí que el juez -en estos casos- deba actuar como un árbitro frente a cuestiones moralmente dudosas.

En efecto, si analizamos el tratamiento que el Código Penal Argentino le da a los elementos básicos del delito, se confirma esta postura, pues ni siquiera se usan los términos “justificación” o “excusa”, pero ambos se aplican a situaciones que el legislador nacional ha considerado “no punibles” en el art. 34 del C.P.

Y si bien pareciera que este estado de la situación es inaceptable, pues pareciera que los jueces penales deben realizar juicios morales sobre comportamientos típicos para determinar si estos constituyen un delito, lo cierto es que idéntica situación se presenta en casi todos los países del mundo.

Consecuentemente, si es aceptable que la ley no etiquete los actos que no equivalen a delitos, entonces surge la pregunta de si no es aceptable etiquetar con precisión, cuando otras circunstancias excluyen la responsabilidad, o ¿por qué resulta necesario determinar con precisión si está justificada o disculpada una persona cuando realiza una autodefensa? En otras palabras, ¿qué es peor, tipificar incorrectamente o no describir legalmente estos comportamientos? Es que si nadie espera precisión de los tipos penales, el etiquetado incorrecto nos parece peor que una falta de etiquetado.

Además, el referido jurista norteamericano indica que los códigos y las decisiones judiciales no deben aspirar a la integralidad y precisión en la distinción entre justificaciones y excusas. Dicha conclusión, no sugiere que los académicos deban evitar los intentos de construir sistemas, de hecho, son libres de emplear la teoría moral, de participar en evaluaciones de situaciones particulares, y para explicar completamente el significado de los términos que escogen. Un erudito bien puede desarrollar una distinción integral entre causas de justificación y excusas legales, pero no debe esperarla necesariamente de materiales toscos como los códigos penales para respaldar una distinción.

## IX. Jurisprudencia relacionada

A efectos de verificar la problemática expuesta, cabe traer a colación los siguientes casos jurisprudenciales:

a) En el caso *FSA 12570/2019/10 “Rodríguez, Maribel Carina s/Audiencia de sustanciación de impugnación”*. *Registro N° 5/2021*, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, a cargo del juez unipersonal Mario Juárez Almaraz, absolvió a Maribel Carina Rodríguez del delito de transporte de estupefacientes, considerando que actuó bajo un estado de necesidad justificado. Rodríguez había sido detenida con 997.90 gramos de

cocaína, pero se encontraba en una situación de vulnerabilidad, víctima de violencia familiar, y necesitaba dinero para el tratamiento médico urgente de su hija con una malformación congénita.

El fiscal apeló esta decisión, y la Cámara Federal de Casación Penal inicialmente condenó a Rodríguez. Sin embargo, la Defensoría Oficial impugnó esta condena, y la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal anuló la resolución y remitió el caso a la jueza Ángela Ester Ledesma. Ledesma confirmó la absolución, argumentando que la situación de Rodríguez justificaba su acción, destacando la importancia de la perspectiva de género y el contexto de violencia y pobreza en el análisis.<sup>18</sup>

La Dra. Ledesma resaltó que Rodríguez no tenía otras opciones viables para asegurar la salud de su hija y que el mal causado (transportar drogas) era menor en comparación con el mal evitado (deterioro de la salud de su hija). Argumentando que, dadas las especiales circunstancias del caso, se verificaba un interés que trascendía a las partes, con una proyección cierta hacia el resto de la sociedad.

Subrayó que el análisis del caso debía incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque constitucional argentino, y que Rodríguez actuó en un estado de necesidad justificante debido a su situación de vulnerabilidad y la urgencia en brindarle atención médica a su hija y concluyendo que su accionar estuvo justificado porque con aquél intentó darle calidad de vida a su hija y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba, la posicionó frente al delito como única alternativa posible y que no tuvo otros medios menos lesivos a los cuales recurrir antes de transportar la droga, para salvar otro bien de interés mayor amenazado, que era la vida e integridad psicofísica de su hija. Destacando que desconocer la situación de necesidad que primó sobre Rodríguez, implicaba caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal.

Por otra parte, señaló que las causas de justificación están vinculadas con un modelo concreto de sociedad, y de acuerdo con el estado de desarrollo de esa sociedad van a ir variando sus contenidos y límites<sup>19</sup>, y que si bien el Ministerio Público Fiscal postuló una interpretación dogmática y objetiva del estado de necesidad justificante, lo cierto es que dicho análisis no puede prescindir de los factores sociales de género, pobreza y violencia que gobiernan la sociedad actual y que se acentúan en determinadas regiones.

En relación al agravio vinculado a la falta de acreditación de un mal inminente, sostuvo que ello se encontraba determinado por la imposibilidad de Rodríguez, debido a su situación de vulnerabilidad, de cumplir con premura el tratamiento reconstructivo de la mano de su hija, que fuera indicado por su médico. Desde esta perspectiva, indicó que era necesario realizar la operación lo antes posible, ya que ello aumentaría las posibilidades de mejorar su calidad de vida. Recalcando que este punto fue tenido en cuenta por el juez de grado al mencionar que si un tratamiento quirúrgico reconstructivo puede contribuir a la mejora de su desarrollo psicofísico, indudablemente aquel resultará más beneficioso cuanto a más temprana edad se realice.

Añadiendo que, respecto al argumento de la Fiscalía relativo al hecho de que dicha evaluación debía realizarla un equipo de traumatólogos con especialización en pediatría, no modificaba lo que Rodríguez sabía al momento del hecho, y que ello fue justamente lo que motivó su comportamiento. Ella sabía que su hija necesitaba ser operada con

<sup>18</sup> Disponible en <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rodriguez-maribel-carina-audiencia-sustanciacion-impugnacion-art-362-fa21260029-2021-03-05/123456789-920-0621-2ots-eupmocsollaf>

<sup>19</sup> Efectivamente, las causas de justificación en el derecho penal están estrechamente vinculadas al modelo de sociedad en el que se aplican. Este vínculo se debe a que las normas que establecen estas causas reflejan los valores y las circunstancias sociales de la comunidad en un momento determinado. A medida que la sociedad evoluciona y cambian sus necesidades y percepciones éticas, también lo hacen los contenidos y los límites de estas causas.

urgencia y que la operación costaba entre \$ 100.000 y \$ 200.000, una suma imposible de afrontar para ella, debido a su situación económica precaria. Por lo tanto, consideró que no era posible albergar dudas de que existía un mal inminente al que Rodríguez estaba expuesta.

A pesar de los argumentos del Fiscal para descartar la situación de violencia que vivía Rodríguez, recordó las palabras del Comité CEDAW, que señalan que la violencia de género no requiere una amenaza directa e inmediata a la vida ni a la salud de la víctima, agregando que el Fiscal ignoró el sufrimiento emocional y el hostigamiento psicológico que Rodríguez aún sufría, aspectos que constituyen una forma grave de violencia de género, como se desprende del informe psicosocial agregado al expediente. Asimismo manifestó que, si bien es crucial perseguir este tipo de criminalidad, se encontraba frente a un caso en el que una mujer actuó como "mula" o "correo humano", en el que debe tenerse presente dicha realidad, ya que la criminalización del tráfico de drogas durante estos últimos años ha afectado especialmente a las mujeres, quienes múltiples veces se encuentran forzadas a realizar este tipo de actividades debido a su situación económica precaria.

En cuanto al estado de necesidad, la Dra. Ledesma sostuvo que el mismo presupone un conflicto de intereses en el que se debe escoger cuál de los bienes en juego merece protección en el caso concreto. En este caso, el bien jurídico en juego es la salud pública, protegida por la Ley de Estupefacientes N° 23.737, y la calidad de vida e integridad psicofísica de la hija de Rodríguez. En este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de la niña era el bien con mayor protección legal, según el juez de grado, quien consideró que Rodríguez "eligió" un mal menor para salvar la integridad psicofísica de su hija. Recordando que Rodríguez no estaba empleada formalmente y su cobertura social era precaria. Trabajó preparando sándwiches y ocasionalmente en limpieza mientras estuvo en pareja con el padre de sus hijos, quien también era "bagayero". En este contexto, es necesario preguntarse cuáles eran las posibilidades reales de Rodríguez de actuar de manera diferente para evitar que su hija viera afectado su proyecto de vida. Y agregó que, las condiciones de vida de Rodríguez, estaban marcadas por la violencia y la vulnerabilidad económica, lo que sumado a la falta de posibilidades de acceder a un trabajo mejor remunerado, implicó una seria limitación a sus opciones para actuar conforme a la ley. Por lo que la posibilidad de obtener dinero mediante actividades relacionadas con el tráfico de drogas fue, para Rodríguez, la única alternativa posible para resolver el problema de salud de su hija de dos años. Asimismo, enfatizó que, prescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad, para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante, no sólo nos llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género, sino también a efectuar una interpretación *in malam partem*, en contraposición con los principios de legalidad, *pro homine* y *pro libertate* que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado. Por todo ello, la Dra. Ledesma resolvió rechazar la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal, sin imponer costas y confirmar la absolución de Rodríguez dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy.

*Observaciones:* Este fallo presenta consideraciones importantes desde la perspectiva jurídico-penal, especialmente en relación con el estado de necesidad justificante, ya que la absolución de Rodríguez se fundamentó en la urgencia de obtener tratamiento médico para su hija, lo que plantea cuestiones sobre la interpretación de este principio en casos donde el mal evitado no es inminente pero sí grave e irreparable.

Dicho fallo, tuvo en cuenta que la mujer imputada no tenía otra opción realista y menos lesiva para proteger el bien jurídico de mayor valor, que en este caso sería la vida e integridad psicofísica de su hija, y que su conducta fue el resultado de una situación de extrema vulnerabilidad y necesidad.

Además, la decisión asumió el paradigma del género y el contexto de violencia y pobreza en el que vivía Rodríguez, lo que resalta la importancia de considerar las circunstancias individuales y el contexto social en la aplicación de la ley. En similar sentido, tuvo en cuenta que la criminalización del tráfico de drogas, ha afectado a grupos vulnerables, en particular a las mujeres en situaciones precarias, lo que se refleja en la absolución de Rodríguez debido a su situación específica y la falta de alternativas viables para obtener tratamiento médico para su hija.

De la lectura del referido fallo, se infiere que el encuadramiento de un hecho en el estado de necesidad justificante dependerá de la interpretación de las circunstancias específicas del caso, tales como la violencia de género que sufrió, su situación económica precaria, y la necesidad urgente de atención médica para su hija.

En resumen, el fallo destaca por resultar demostrativo de la necesidad de evaluar cuidadosamente las circunstancias individuales y la proporcionalidad entre el mal causado y evitado en casos que involucran a personas en situaciones de vulnerabilidad económica y social.

*b)* En otro caso caratulado: "O., J. L. s/art. 292 C.Pen.", la Cámara Federal de San Martín, con fecha 22 de noviembre de 2012, revisó el procesamiento de una mujer acusada del delito de uso de documento público falso de los destinados a acreditar la identidad de una persona, en concurso ideal con el de falsedad ideológica (Arts. 296, en función del 292, 54, CP) por haber usado el documento de su hermana fallecida, adulterado con una foto y con un cambio de domicilio falso. En dicha causa, la imputada admitió usar el documento para obtener atención médica debido a una enfermedad grave y porque carecía de su propio documento de identidad.<sup>20</sup>

El tribunal consideró que la mujer actuó bajo un estado de necesidad justificante, ya que su acción estaba motivada por la urgencia de obtener tratamiento médico, una situación que no podía manejar de otra manera por su falta de documentación y la gravedad de su estado de salud.

Se ponderaron para ello los elementos que surgirían de los dichos de la encausada, del informe socio-ambiental y de la historia clínica agregada, de todo lo que se concluyó que la imputada enfrentó obstáculos para recibir atención médica en diversos centros de salud debido a una grave enfermedad en las glándulas tiroideas, ya que carecía de documento de identidad.

En este contexto, se demostró que siempre había sido indocumentada, pues carecía de partida de nacimiento y nunca había sido registrada, lo que puso en evidencia su tortuosa vida, al punto tal de no poder cursar la escuela primaria y ser analfabeta.

En estas circunstancias, y dado el estado de emergencia de salud, J. L. O. no tuvo la oportunidad ni el tiempo necesario para tramitar su documentación y acceder a la atención médica urgente. Por lo tanto, y según lo registrado en el expediente, el cambio de domicilio realizado por la imputada fue crucial para recibir tratamiento para su enfermedad.

Asimismo, se destacó que en la ponderación de los "males", tanto el "causado" como el que se pretendió "evitar", debe adoptarse un criterio que tenga en cuenta no sólo la jerarquía en abstracto de los bienes jurídicos en juego sino también, en línea con ello, la consideración objetiva de las circunstancias personales de la encausada.

Se destacó que el mal causado (uso de un documento falso) era menor comparado con el mal evitado (deterioro de su salud). Se concluyó que no podía exigírsele una conducta diferente dada su situación personal.

Finalmente, el tribunal revocó el procesamiento y sobreseyó a la acusada, instando al juez de grado a agilizar los trámites para que obtenga un documento de identidad.

<sup>20</sup> Disponible en <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-apelaciones-san-martin-federal-buenos-aires-oviedo-juana-lola-292-cp-fa12270080-2012-11-22/123456789-080-0722-1ots-eupmocsollaf>

*Observaciones:* La resolución destaca la importancia de considerar la situación de vulnerabilidad de las mujeres imputadas y cómo factores como la salud y la falta de documentación pueden influir en la capacidad de una persona para actuar de manera libre y voluntaria. Además, resalta la necesidad de priorizar la atención médica urgente sobre otros aspectos formales como la documentación. En general, esta resolución muestra una comprensión empática de las situaciones difíciles que pueden enfrentar las personas y cómo estas situaciones pueden afectar su capacidad de tomar decisiones.

**c)** El Juzgado Federal de Río Gallegos, en los autos caratulados “Gómez, s/ Inf. Ley 23.737”, de fecha 02/01/2020, resolvió sobreseer a la imputada de conformidad con lo establecido en el art. 34 inc. 2° CP, por el delito de transporte estupefacientes (art. 5 inc. “c” Ley N° 23.737).<sup>21</sup>

En dicha causa, la mencionada mujer se encontraba imputada de transportar un total de 1.157 gramos de cocaína; distribuida en 4 envoltorios que llevaba ocultos entre sus pertenencias, su ropa y en el interior de su cuerpo. Pero a medida que avanzó la investigación se verificó que la misma era víctima del delito de trata de personas con fines de explotación sexual en Rio Grande (Prov. de Tierra del Fuego) y que dicha situación tenía íntima vinculación con el delito aquí investigado, ya que ciertas personas que le habían pagado el pasajes aéreos para buscar la droga en la Ciudad de Buenos Aires y transportarla hacia Tierra del Fuego, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad por la que ésta atravesaba.

En dicho caso, se demostró que la misma era explotada sexualmente (padeciendo los riesgos inherentes a la actividad) y que su situación social, económica y familiar estaba atravesada por múltiples indicadores de vulnerabilidad, a saber: consumo problemático de sustancias, antecedentes de violencia familiar y abandono, ausencia de lazos parentales, pérdida de la custodia de su hijo mayor e hijos al cuidado de sus explotadores. Y como resultado de lo expuesto, la Fiscalía solicitó su sobreseimiento ya que de las pruebas recabadas surgió que presentaba un alto grado de vulnerabilidad; que fue aprovechado por quienes serían los verdaderos responsables de las maniobras de tráfico de estupefacientes.

El Juzgado interviniente consideró que, si bien la imputada “obró voluntariamente al transportar estupefacientes, con pleno conocimiento de la acción que estaba realizando e intención de llevarla a cabo”, pero al expedirse respecto a su culpabilidad, llegó a la conclusión de que “tuvo que elegir entre acatar o incumplir la norma”, con lo que consideró que se encontraba frente a un caso en el que “existen factores impeditivos del libre ejercicio de la voluntad que, ante la inexigibilidad de otra conducta, descalifican el juicio de reproche”, citando el art. 34 inc. 2° del C.P., el cual establece la no punibilidad para quien “obrar violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente”, subsumiendo el caso en un supuesto de estado de necesidad exculpante o disculpante.

*Observaciones:* Dicha resolución destaca la importancia de considerar factores tales como la violencia de género, la explotación sexual y la vulnerabilidad económica extrema pueden influir en la capacidad de una persona para actuar de manera libre y voluntaria. La aplicación de la eximente de estado de necesidad exculpante o disculpante en este caso muestra una comprensión de la complejidad de las situaciones en las que se ven involucradas las personas que sufren estas condiciones.

**d)** Por su parte, el Tribunal Oral Federal de Tucumán, en la causa caratulada “Imputado: Zelaya, Patricia y otro s/ Infracción ley 26.364, Expte. FTU 2624/2016”, en fecha

<sup>21</sup> Disponible en [https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Gomez%20\(causa%20N%C2%B0%201308\).pdf](https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Gomez%20(causa%20N%C2%B0%201308).pdf)

15/06/2022, absolvió –por mayoría– absolvió a una mujer y a su hermano –que atravesaban condiciones de extrema vulnerabilidad social y económica–, en una causa por reducción a la servidumbre y trata de personas con fines de explotación laboral. En efecto, ambos co-imputados convivían con las víctimas menores de edad en una vivienda muy precaria y trabajaban limpiando vidrios, vendiendo pequeños artículos y pidiendo en el centro de la ciudad de San Miguel de Tucumán durante el día, por alrededor de 10 horas.<sup>22</sup>

En este caso, el tribunal aceptó el argumento de la defensa basado en el estado de necesidad exculpante, que se erige en el nivel de la culpabilidad en la grave restricción de la libertad al momento de decidir y elimina la culpabilidad por existir una circunstancia excepcional que impide exigirle al autor otra conducta diferente, es decir, una conducta conforme a Derecho.

Así también concluyeron que el “trabajo” realizado por los/as niños/as no constituía servidumbre ni trabajo infantil, según la ley. Los menores varones limpiaban vidrios en la Plazoleta Mitre, mientras que las niñas ayudaban en el hogar. Añadiendo que, el dinero que ganaban no era controlado por la imputada (su madre), quien, a pesar de estar en total pobreza, se ocupaba de cubrir sus necesidades. Destacando que no se acreditó desnutrición de los mismos. En dicho fallo, se destacó que la extrema vulnerabilidad en la que vivían los menores no fue capitalizada por los co-imputados, en el sentido de que los hayan conducido a desplegar conductas compatibles con la comisión de los delitos de trata de personas con fines de explotación laboral. Al contrario, entendieron que estaban en presencia de una vulnerabilidad cruzada que afectaba tanto a los menores, como también a los acusados, quienes en su historia de vida precedente y con los mínimos recursos de autonomía personal con los que contaban, lograron sustraerse de entornos familiares que no les ofrecían contención.

*Observaciones:* Si bien este fallo, resulta polémico, en tanto que algunos podrían argumentar que la explotación laboral de los menores no debería justificarse bajo ninguna circunstancia, considero que el mismo ha sido acertado, ya que ha tenido en cuenta la historia de vida de los implicados (acusados y víctimas), sus problemas de salud (físicos y mentales) y el contexto de extrema vulnerabilidad cruzada vivenciada. Destacándose que la restricción de la libertad que atravesaban los acusados era tan grave que no se podía exigir una conducta diferente; sin perjuicio de ello, es importante tener presente que, en casos como el narrado es necesario sopesar cuidadosamente, los intereses en juego, para evitar un uso indebido de esta figura. Dicho razonamiento se alinea con la doctrina que reconoce que el origen del peligro -del estado de necesidad- puede tratarse de una situación general como la necesidad económica.

En este sentido, en dicha resolución se destacó que la situación de vulnerabilidad de los propios acusados y su convivencia en condiciones similares a las de los menores no guardan correspondencia con una relación de explotación económica. Destacándose que la trata de personas implica la cosificación del ser humano y su dominación absoluta por parte del sujeto activo, lo cual resulta en la pérdida de libertad y explotación de la víctima. En este contexto, la resolución sostiene que para que se configure el tipo objetivo del delito es necesaria la materialización de una relación de sujeción especial entre el autor y la víctima, considerando la trata como una relación binomial sujeto-objeto donde la víctima es tratada como una cosa, todo lo cual no fue demostrado en este caso.

e) En la Causa N° 54149, caratulada: “D.B., M.A. S/ Supresión de Identidad en concurso real con Falsedad Ideológica y Falsa Denuncia”, la Cámara de Apelación y Garantías en

<sup>22</sup> Fallo publicado en <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90297-fallo-sobre-trata-personas-trabajo-infantil-sobreseimiento-estado-necesidad-exculpante>

lo Penal, Sala 2da., de Mercedes, Buenos Aires, con fecha 28/12/2023 dispuso el sobreseimiento de una mujer de conformidad a lo previsto por el art. 34 inc.2° del C.P.<sup>23</sup>

En dicho caso, M.A.D.B. fue acusada de la comisión de los delitos de supresión de identidad en concurso ideal con falsedad ideológica en concurso real con falsa denuncia (artículos 45, 54, 55, 139 inciso 2°, 245 y 292 último párrafo del C.P.) por haber alterado la identidad de su hija recién nacida en un hospital y luego denunciar falsamente un delito en una comisaría, al referir que desconocía los motivos por los cuales su bebé recién nacida presentaba el nombre V.L.R.

En dicha causa, la jueza de primera instancia descartó los argumentos esbozados por la defensa quien consideraba aplicable el estado de necesidad justificante, señalando que las condiciones de vida de la imputada no cumplían con los requisitos de inminencia y ausencia de medios menos lesivos. Puso como ejemplo la posibilidad de "recurrir a entidades donde podría contar con información para iniciar el proceso de dar en adopción a la niña por nacer". También hizo alusión a que podría haberle solicitado ayuda a su hermana. Luego de referir que "es en el debate oral y público donde la defensa podrá, en mejores condiciones, desarrollar con mayor amplitud su estrategia", concluyó que correspondía rechazar el sobreseimiento requerido y elevar a juicio las actuaciones.

Dicha resolución fue recurrida por su defensa, quien argumentó que no se tuvo en cuenta la situación de vulnerabilidad y desventaja social de la imputada, y que la misma actuó buscando lo mejor para su hija en condiciones precarias, enfatizando que se debía evaluar la causa de justificación desde una perspectiva de género, considerando la falta de recursos y apoyo de la imputada.

El tribunal de apelación, consideró que si bien la imputada enfrentaba al momento de los hechos una situación de vulnerabilidad y apremio existencial, no se encontraba acreditado que el mal causado y el evitado guardaran una correlación adecuada con el derecho a la identidad de la recién nacida. Asimismo, señaló que no se podía afirmar que la situación sólo podía evitarse mediante las acciones típicas, ya que la adopción era una alternativa menos lesiva (aunque esta alternativa pudiera parecer difícil en una emergencia). Pero pese a señalar que no existían argumentos suficientes para justificar el sobreseimiento requerido, indicó que su comportamiento debía ser analizado bajo la teoría de la culpabilidad, disponiendo el sobreseimiento de la encartada en función del EdN exculpante. En dicha resolución se tuvo presente que la acusada había enfrentado un embarazo en condiciones precarias, y que decidió alterar la identidad de su hija para asegurarle mejores condiciones de vida, que aunque su acción lesionó ciertos bienes jurídicos, lo hizo para proteger el bienestar de su hija.

De modo que su situación de vulnerabilidad y la falta de opciones justificaron la exculpación, afirmándose que su comportamiento no requiere de una pena desde la perspectiva de humanidad e igualdad. En este sentido, se destacó que el principio de culpabilidad, basado en la dignidad humana, requiere analizar el contexto personal del autor al emitir un juicio de reproche; añadiéndose que este principio va más allá de criterios normativos y se enfoca en las circunstancias individuales.

*Observaciones:* Esta resolución plantea un debate interesante sobre la aplicación del estado de necesidad en casos de supresión de identidad, falsedad ideológica y falsa denuncia.

En efecto, si bien el tribunal de apelación, reconoció la situación de vulnerabilidad de la imputada, consideró que el mal causado (alterar la identidad de su hija) y el evitado (garantizarle mejores condiciones de vida) no guardaban una correlación adecuada con el derecho a la identidad de la recién nacida. A pesar de esto, decidió sobreseer a la imputada argumentando que su comportamiento debía ser analizado considerando su contexto personal y su intención de proteger el bienestar de su hija. Se destacó que el

<sup>23</sup> Fallo publicado en <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/fallos/91171-fallo-sobre-estado-necesidad-disculpante-multiplicidad-desigualdades-persona-imputada>

principio de culpabilidad, basado en la dignidad humana, requiere analizar las circunstancias individuales al emitir un juicio de reproche, y que en este caso la situación de vulnerabilidad y la falta de opciones justificaron la exculpación.

Así, en un juicio de culpabilidad, se considera la perspectiva del autor en situaciones de premura existencial. La exculpación puede aplicarse si el autor, incluso actuando de manera, pero sensata bajo presión, intenta proteger sus intereses o los de alguien cercano. Este enfoque personalista valora la situación específica del autor y las vulnerabilidades que lo afectan.

En términos dogmáticos, el fallo se ajusta a los principios del estado de necesidad disculpante, donde la valoración del hecho ilícito debe considerar la inmediatez del peligro y la falta de alternativas viables para evitar el daño. La decisión del tribunal de absolver a la acusada subraya la importancia de una interpretación humanitaria y proporcional de la ley penal, acorde con los principios de humanidad y equidad, reconociendo las condiciones adversas que influenciaron su conducta y justificando su exculpación ante la imposibilidad de optar por una conducta lícita en las circunstancias dadas.

En resumen, esta resolución muestra la importancia de considerar una situación de extrema vulnerabilidad económica y social, que incluía la imposibilidad de acceder a un sistema de salud adecuado y la falta de medios para asegurar el bienestar básico de la futura madre y su hijo por nacer.

*f)* A modo de colofón, es necesario destacar que la ponderación de los bienes en conflicto realizada en los fallos mencionados ha sido clave para determinar si la conducta ejecutada era la única opción viable dadas las circunstancias específicas de cada caso, pues se ha tenido en consideración que las diversas situaciones de vulnerabilidad de las personas imputadas se convirtieron en factores condicionantes de su actuación.

Estos hechos están moldeados por diversas categorías sociales que convergen en las personas imputadas, tales como clase socioeconómica, género, edad y discapacidad, entre otras. Estas categorías no solo las definen, sino que se entrecruzan y revelan múltiples desigualdades, creando cuadros de vulnerabilidad complejos. Estas interacciones otorgan sentido a la conducta que se les imputa. La relación entre las distintas categorías que afectan a las personas imputadas es esencial para comprender la solución jurídica adecuada.

Además, la consideración de la perspectiva de género y las condiciones sociales de las personas imputadas ha sido un factor determinante en la interpretación y aplicación de la ley, permitiendo un análisis más integral de las situaciones y evitando una interpretación sesgada que no tenga en cuenta la realidad y las dificultades que enfrentan ciertos grupos de la sociedad.

Asimismo, la jurisprudencia analizada refleja la importancia de considerar las circunstancias individuales y el contexto social al aplicar el estado de necesidad y otros principios jurídicos que surgen de los tratados de Derechos Humanos, lo que contribuye a una justicia penal más equitativa y sensible a las realidades de las personas en situaciones de vulnerabilidad. Es a partir de ello que entendemos que la justicia ineludiblemente debe considerar las particularidades individuales de los imputados y su contexto situacional específico a la hora de determinar si se ha producido el quebrantamiento de una norma penal.

## **X. Conclusiones**

El artículo 34 del C.P. establece que determinadas conductas ilícitas “No serán punibles”, pero no especifica si ciertas situaciones de necesidad deben ser vistas como justificantes

(donde la acción es lícita porque se hace en defensa de un bien mayor) o exculpantes (donde la acción sigue siendo ilícita, pero el actor no es culpable debido a circunstancias que afectan su responsabilidad). Tal distinción entre justificación y exculpación es crucial en derecho penal, ya que afecta cómo se valora la conducta del individuo y las consecuencias legales que se derivan.

Dicha imprecisión legal deja un amplio margen de interpretación al juez, lo cual puede ser problemático para la seguridad jurídica, un valor fundamental en el estado de derecho. Por lo tanto, resulta imperativo que el legislador considere una reforma al artículo 34 del Código Penal para proporcionar mayor claridad y precisión en la demarcación de los efectos de las causales de justificación y eximentes.

Actualmente, el juez tiene amplias facultades para determinar si una situación puede considerarse como una justificación permisiva o como un supuesto de exculpación. Esto significa que debe evaluar caso por caso la naturaleza de la situación presentada, considerando los principios jurídicos subyacentes. Consecuentemente, debe analizar si existe una situación de peligro actual o inminente para bienes jurídicos y si la acción tomada para evitar el peligro cumple con los siguientes requisitos: 1) Subsidiariedad: la acción debe ser el último recurso disponible, 2) Proporcionalidad: el mal causado no debe ser mayor que el mal evitado, 3) Ausencia de provocación: la situación de peligro no debe haber sido provocada intencionalmente por el individuo, y 4) Tolerancia de la situación: debe considerarse si el individuo tenía otras opciones menos lesivas.

Asimismo, y a partir de la vigencia de la Ley 26.485 -que tiene como objetivo la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres-, los jueces deben adecuar sus resoluciones al paradigma de género en la interpretación de las causales de justificación y exculpación. En este sentido, la referida normativa reconoce la violencia de género como una problemática estructural y, por lo tanto, requiere un análisis que tenga en cuenta el contexto de vulnerabilidad y la falta de alternativas que enfrentan muchas mujeres.

Resoluciones como las comentadas demuestran que se acepta e incluso se reconoce la posibilidad de interpretar el artículo 34 del Código Penal tanto con efectos justificantes como exculpantes. En efecto, la resolución dictada por la Dra. Ledesma admite esta ambivalencia, reconociendo el tratamiento dogmático del “mal” desde tres variantes: un mal inferior, equivalente o superior al que se pretende evitar.

Esta aceptación de múltiples interpretaciones evidencia el grave riesgo de caer en vicios esencialistas al interpretar situaciones de necesidad. La interpretación esencialista implica considerar que las situaciones de necesidad deben encajar rígidamente en categorías predefinidas, sin reconocer la complejidad y diversidad de circunstancias que pueden rodear un caso concreto. Por ejemplo, una acción realizada bajo un estado de necesidad puede tener características tanto de justificación como de exculpación, dependiendo de factores como la inmediatez del peligro, la proporcionalidad del mal causado en relación con el mal evitado, y la ausencia de otras alternativas.

En síntesis, la actual redacción del artículo 34 del Código Penal argentino presenta una problemática significativa debido a su imprecisión en la determinación de los efectos de las causales de justificación y eximentes. Aunque es necesaria una reforma legislativa para abordar esta deficiencia, actualmente los jueces tienen la responsabilidad de realizar dicha ponderación de bienes e intereses como requisito ineludible para admitir el estado de necesidad. Esta ponderación debe ser flexible, contextualizada y adaptada a la realidad social y legal contemporánea. Desde este enfoque, es importante recordar que la Ley 26.485 añade una capa adicional de consideración, especialmente en casos de violencia de género, subrayando la importancia de una interpretación que contemple factores de vulnerabilidad y género.

En otras palabras, la labor jurisdiccional debe reflexionar sobre todos los elementos subjetivos y coyunturales del caso bajo examen, teniendo presente que no existe un orden jerárquico, definido o estático en torno a los males en conflicto. Por lo tanto, incluso ante

la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico de alto valor, la conducta típica podrá resultar justificada en la medida en que el menoscabo o el grado del peligro resulte menor conforme a la valoración individual del caso.

## XI. Bibliografía

**Armaza Galdós, J. (2003).** Estado agresivo y defensivo de necesidad, en *Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg*.

[https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_13.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_13.pdf)

**Bacigalupo, E. (1999).** *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

**Beling, E. (1944).** *Esquema del Derecho Penal*, 11º ed., traducido por Soler, S., Buenos Aires.

**Creus, C. (2003),** *Derecho Penal Parte General*, 5ta. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.

**De La Rúa, J., y Tarditti, Aida (2014).** *Derecho Penal - Parte General*, t.2, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, pág. 25.

Díaz, H. (2018). *Código Penal Argentino Comentado - Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, págs. 302 y 303.

Donna, E. (2008). *Derecho Penal - Parte General*, t.3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, págs. 271 y 272.

**Finocchiaro, E. (2011).** El error de prohibición evitable en el sistema del código penal argentino, publicado en [\*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE Vol. 5 Núm. 9: Nueva serie\*](#), págs. 141-154.

<https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/view/5108>

**Gimbernat Ordeig, E. (1990).** El estado de necesidad un problema de antijuridicidad, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid.

**Greenawalt, K. (1986).** Distinguishing Justifications from Excuses, en *Law & Contemporary Problems*, Vol. 49, Núm. 3, págs. 89- 108.

<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3860&context=lcp>

**Hegel, G. W. F. (1821).** *Elementos de la filosofía del derecho (Grundlinien der Philosophie des Rechts)*, traducido por Mendoza de Montero, A., Ed. Claridad S.A., Buenos Aires, 1968.

**Jakobs, G. (1997).** *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano, Editorial Marcial Pons, Madrid.

**Jescheck, H. & Weigend, T. (2002).** *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, 5ta. Edición, traducido por Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F., Editorial Comare, España, pág. 387.

**Kant, I. (1797).** *Metafísica de las costumbres*, traducido por Cortina Orts, A. y Conill Sancho, J., 4ta. Edición, Tecnos, Madrid, 2008.

**Mayer, H. E. (2007),** *Derecho penal. Parte general*, traducción y notas por Sergio Politoff, Maestros del Derecho Penal N° 25, B de F, Montevideo.

**Mezger, E. (1935),** *Tratado de Derecho Penal*, t.1, versión española de 2° ed. Alemana, Madrid.

**Núñez, R. (1994).** *Tratado de Derecho Penal Parte General*, t.1, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, págs. 318 y 319.

**Roxin, C. (1997).** *Derecho penal. Parte general*, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, t.1, traducido por Luzón, D., Díaz, M. y Remesal, V., Civitas, Madrid.

**Soler, Sebastián (1992).** *Derecho Penal Argentino, Parte General*. 10° edición revisada y actualizada. Editorial Tea, Buenos Aires.

**Truccone Borgogno, S. (2016).** Estado de necesidad y daño: sobre la distinción entre Justificación y excusa en *Lecciones y Ensayos*, N° 97, págs. 271-293.

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/97/estado-de-necesidad-y-dano.pdf>

**Villavicencio Terreros, F. (2016),** *Derecho penal - Parte general*, Ed. Grijley, Lima.

**Von Listz, F. (1881).** *Tratado de Derecho Penal Alemán (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts)*.

**Welzel, H. (2004).** *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 2da. reimpresión, traducido por José Cerezo Mir, Ed. B de F, Madrid,

**Zaffaroni, R. E., Alagia, A., y Slokar, A. (2011).** *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edición, 6ta. reimpresión, Ediar, Buenos Aires.

*Recibido el 30 de mayo de 2024; aceptado el 13 de junio de 2024.*



# MUJERES. GÉNERO Y DIVERSIDAD. SU DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO ANÁLISIS DEL CONVENIO 190 DE LA OIT

WOMEN. GENDER AND DIVERSITY. THEIR DISCRIMINATION IN THE  
WORKPLACE. ANALYSIS OF ILO CONVENTION 190.

**Silvina Victoria Marrau**<sup>24</sup>

Universidad Nacional de San Luis  
silvinavmarrau@hotmail.com

## **Resumen**

En este artículo se analizan brevemente las causas de discriminación hacia la mujer dentro del mundo del trabajo, con fundamento en las normas internacionales de derechos humanos y la legislación nacional argentina. Luego, se describen las nuevas tendencias mundiales en género, que incluyen la orientación sexual y la perspectiva de género, para finalizar con el análisis del Convenio 190 de la OIT, el cual propugna un ambiente de trabajo libre de violencia o acoso.

**Palabras clave:** mujer – discriminación – violencia – acoso – ambiente laboral.

## **Abstract:**

We will begin this work by analyzing the causes of discrimination against women within the world of work, illustrating based on international human rights standards and on Argentine national legislation. Then we will analyze the new global gender perspective that includes sexual orientation and gender perspective and we will culminate with the analysis of Convention 190 OIT, which manifests among its lines a work environment free of violence and harassment.

**Keywords:** women- discrimination- violence - harassment - work.

## **Una breve introducción**

Las mujeres hemos sido objeto de discriminación a nivel mundial a través de los siglos, y la única razón de ello es, desde siempre, nuestro género. La discriminación se ejerce en todos los ámbitos: civil, laboral, político, económico, cultural y social. Con el tiempo, hemos conquistado todos los niveles de evolución, comenzando con la posibilidad de

---

<sup>24</sup> Abogada y procuradora de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC, Argentina). Especialista en Derecho Laboral de la Universidad Nacional del Litoral (UNL, Argentina). Maestranda en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales de la Universidad de Tres de Febrero (UNTREF, Argentina). Abogada litigante en el fuero de Derecho del Trabajo desde año 2006. Miembro asociado de la Asociación Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “Guillermo Caballenas”. Miembro asociado del Instituto Internacional de Altos Estudios Jurídicos y Políticos. Miembro de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL).-

votar, estudiar, trabajar y celebrar contratos sin la autorización de marido o padre, es decir, de un hombre.

Si bien las mujeres en el siglo XXI hemos llegado a una gran evolución y empoderamiento, las grandes desventajas para paliar la desigualdad real respecto de los hombres siguen vigentes. Las tareas del hogar y el cuidado de hijos, padres o familiares enfermos siguen en su mayoría en manos de las mujeres. Este factor quita tiempo, rendimiento y la posibilidad de buscar mejores trabajos, de mantenerse vigentes y de perfeccionarse. La falta de protección de la mujer embarazada, la prevalencia de estereotipos sociales para determinados trabajos y los mandatos culturales son grandes desventajas que tiene que enfrentar el género femenino; mientras que la violencia y el acoso laboral y sexual también son factores que aumentan la desigualdad respecto de los hombres dentro del ámbito del trabajo.

Con respecto a estas desigualdades, Urquidí y Chalup (2023) analizan de la siguiente manera la brecha de género en ingresos laborales, en 18 países de América Latina y el Caribe:

“Se observa que existe una diferencia significativa en el ingreso por hora entre hombres y mujeres en la mayor parte de la región. En el estudio se establece que las mujeres deberían obtener ingresos por hora más altos que los de los hombres, considerando su nivel educativo, los sectores de la economía en los que trabajan, las ocupaciones que desempeñan, la zona en que habitan y sus características personales, sin embargo, esto no ocurre. Esto significa que la diferencia de ingresos que existe a favor de los hombres se debe a factores que no están explicados por las variables que se utilizaron en el estudio, sino más bien a características no observables relacionadas con sesgos de género, de naturaleza discriminatoria. Estos sesgos pueden ser de índole cognitivo u originarse en leyes inadecuadas, discriminación o en costos laborales relacionados con el cuidado de los hijos, que no se visibiliza en la sociedad...”

Por su parte, y en el mismo tenor, el artículo “No es fácil ser mujer en el ámbito del trabajo” (González Velosa, 2023) analiza enfáticamente la problemática de las inequidades de género en el mundo laboral, y explica:

“La pandemia visibilizó, dramáticamente, las brechas de género en los mercados de trabajo de la región. Según datos del BID, en el primer semestre de 2020 se destruyeron más puestos de trabajo que en cualquier otro momento de la historia reciente y este impacto recayó, desproporcionadamente, sobre las mujeres. El mayor efecto sobre el empleo femenino se debió, en gran medida, a que las mujeres se empleaban en los sectores más afectados por la crisis, como los de hotelería y restaurantes. También estuvo asociado a la suspensión de actividades de educación presencial, lo que implicó un aumento en las actividades de cuidado al interior del hogar, que recaen desproporcionadamente sobre las mujeres. Por ejemplo, según una encuesta conjunta del BID y la Universidad de Cornell realizada en julio de 2020, en los períodos de cuarentenas y cierre de escuelas, el 60% de las mujeres declaraban ser las únicas responsables de la educación de sus hijos en el hogar, en comparación con el 14% de los hombres. Y si bien tras el fin de la crisis sanitaria muchas mujeres recuperaron sus empleos, lo hicieron a un ritmo más lento que los hombres, y los determinantes estructurales que desequilibran las oportunidades en el mercado de trabajo persisten”.

Según el artículo, las normas sociales también imponen a la mujer una mayor responsabilidad en las tareas domésticas no remuneradas, y muchas veces no compartidas con el sexo opuesto, lo que les quita tiempo y rendimiento. Al respecto, expresa:

“Las normas sociales también imponen mucho mayores **responsabilidades domésticas** a la mujer. En todos los países del mundo, las mujeres dedican más tiempo a oficios del hogar, incluso cuando ellas son trabajadoras de tiempo completo. Y esto tiene efectos claros sobre su empleabilidad. Una publicación del BID y el Banco de la

República de Colombia mostró que, para que las mujeres trabajen, es fundamental bajar los costos de transporte, reducir la distancia del hogar al trabajo y ofrecer guarderías. En el caso de los hombres estas variables son irrelevantes: después de todo, no son ellos los que deben balancear la carga laboral con las tareas del hogar. Y no son ellos los que, tras la llegada de un hijo, pueden enfrentar [una penalidad de hasta 20% en sus ingresos laborales](#) pues ven disminuidos sus salarios y horas de trabajo”.

Según este artículo, el *quid* de la cuestión estaría dado por la cantidad de horas que las mujeres trabajan en “negro”, es decir, la cantidad de horas que la mujer debe dedicarle al hogar, los hijos, la familia, los adultos mayores, sin ser remunerada. Este trabajo femenino arduo es un supuesto invisible pero muy importante, valga la contradicción.

Así lo propone Arece (2022) en su obra *Derechos humanos laborales*:

“Las mujeres constituyen aproximadamente el 51% de la población total, pero solo acceden al 38% de la masa de ingresos monetarios registrados. Ellas producen en negro en sus hogares con tareas invisibles pero imprescindibles para la familia, la sociedad y la economía. Según CEPAL, las mujeres trabajan la mayor parte del tiempo en actividades no remuneradas. En Argentina, las mujeres trabajan 15,2 horas semanales en actividades remuneradas y 42,4 en actividades no remuneradas, mientras que los hombres desarrollan actividades remuneradas por 33,2 horas semanales y 1,3 en tareas no remuneradas. En Argentina, el 58% de las mujeres trabajan o buscan trabajo, pero están más expuestas al desempleo (11%), la subocupación demandante (13%) y la informalidad laboral (36%). Cuando están ocupadas formalmente, la construcción laboral de las mujeres posee paredes y techos de cristal y pisos resbaladizos. Las paredes de cristal se levantan porque son ocupadas en sectores menos ponderados y menos remunerados de la economía: 6 de cada 10 mujeres trabajan en servicio doméstico, comercio, educación o salud; la relación es inversa en el comercio, la construcción, la industria, las actividades empresariales, inmobiliarias o de alquiler. En los sectores masculinos, los salarios son 58% mayores que en el caso de los cuatro feminizados”.

La *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979) expresa: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Es su artículo 11 refiere al *derecho del trabajo de la mujer* como un derecho inalienable a todo ser humano y establece la necesidad de los Estados parte de la Convención de garantizar: la igualdad de oportunidades en el empleo entre hombres y mujeres, los mismos criterios de selección, el derecho a elegir libremente el empleo, el derecho al ascenso, la estabilidad laboral, la formación profesional, igual remuneración por igual tarea, igualdad de trato e igualdad en los derechos a la seguridad social y vacaciones pagas. Además, la prohibición de despidos por razones de embarazos o matrimonio y la licencia por maternidad paga.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de sus diferentes convenios, trata de paliar la discriminación laboral en tres momentos esenciales de la relación de trabajo: en la oferta de empleo, durante la relación laboral y al finalizar la misma. Algunos de sus instrumentos internacionales son referidos solo a la mujer y otros a la discriminación en general por otros motivos, reconociendo como una tendencia mundial la ampliación en concepto de sexo, superando el binarismo y sumando al mismo la orientación sexual y la perspectiva de género.

El *Convenio N°100 de la OIT* (1951) refiere exclusivamente a la discriminación entre hombres y mujeres en cuanto a la remuneración por tareas de igual valor. Igualar el

monto de la remuneración por igual tarea dentro del ámbito femenino y masculino es una pretensión de antigua data, que tiene su fundamento en la dignidad y la igualdad de trato entre los seres humanos. Está contenido en diferentes instrumentos internacionales y más específicamente en este *Convenio* al cual referimos.

Igual remuneración por igual tarea también refiere a las condiciones “dignas y equitativas de labor”, la productividad de la empresa, capacitación profesional, antigüedad en el puesto de trabajo y responsabilidades del puesto laboral.

El *Convenio* indica a los Estados parte la fijación de “tasas” para medir el trabajo, lo cual podrá ser llevado a cabo a través de la legislación nacional, los convenios colectivos de trabajo, convenios privados entre partes o cualquier sistema reconocido por la legislación nacional, y se deberán tener en cuenta criterios objetivos de medición como el rendimiento, la responsabilidad en el trabajo y las condiciones del mismo, siempre respetando la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina.

Para la determinación de la “tasa” o unidad de medición que establece este *Convenio* deberán establecer un monto de remuneración dineraria objetiva de acuerdo a la escala salarial de una categoría de trabajo determinada; luego deberán calcularse la horas extra según lo establece la legislación nacional, y se deberá establecer también un porcentaje definido para el reconocimiento de la antigüedad, como por ejemplo adicionar el 1,5% anual; un porcentaje extra de acuerdo a una mayor calificación, por ejemplo título de grado, de posgrado, capacitaciones; un cierto porcentaje también de acuerdo a las condiciones de trabajo y a las responsabilidades que tenga el trabajador, sea por tener personal a cargo, todo un sector o ser gerente del recinto, etcétera.

La igualdad de remuneración por igual tarea es un derecho tan importante en el derecho laboral internacional que está *contemplado en el Preámbulo Constitutivo de la OIT*. En la ley de Contrato de Trabajo N°20.744 (1974), en su artículo 172, garantiza a la mujer su plena capacidad para contratar y garantiza una escala salarial acorde al principio “igual remuneración por igual tarea” en el derecho colectivo de trabajo.

El *Convenio N°111 de OIT* (1958) sobre discriminación en el empleo y ocupación, entiende a la misma como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que anule la igualdad de trato, derechos y ocupación laboral de las personas. Esta distinción arbitraria puede consistir en la privación de un derecho, el no reconocimiento de uno o la preferencia arbitraria basada en motivos que no son objetivos, como mayor rendimiento, calificación profesional o mayores responsabilidades. No se consideran discriminatorias aquellas conductas que tiendan a proteger al trabajador de una circunstancia o peligro determinado.

Insta a los Estados parte para que establezcan políticas públicas que fomenten la igualdad entre todos los trabajadores, sean hombres, mujeres, cualquiera sea su raza, orientación política, origen social, edad o cualquier distinción arbitraria que no sea objetiva. Estas políticas públicas pueden ser planes sociales, programas educativos, derogación de normas legales o administrativas que fomenten desigualdades en el trabajo y en el empleo. También establecen la necesidad de mecanismos de control que obliguen el cumplimiento de las normas citadas.

El *Convenio 156 de OIT* (1981), sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares, establece en sus considerandos la necesidad de que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”. Reconoce que los trabajadores con responsabilidades familiares son un supuesto que tiene que tener en cuenta las políticas nacionales. Contempla el supuesto de trabajadores de ambos sexos que tengan responsabilidades familiares con respecto a los hijos o familiares directos en que sea necesario su cuidado o sostén, y esto los limite en su vida económica, su ingreso, manutención y progreso en su puesto de

trabajo. Por ello, las políticas públicas de los Estados parte deben tener como objetivo permitir el ingreso al mercado de trabajo a las personas con responsabilidades familiares, establecer normas estructurales en los establecimientos patronales que permitan la permanencia y el cuidado de los menores a cargo del trabajador, y promover servicios públicos y privados de asistencia a las personas que están a su cargo (asistencia a la infancia y asistencia familiar).

Las políticas públicas también deberán explicitar que las personas con responsabilidades familiares puedan elegir libremente su trabajo, las condiciones del mismo, y satisfacer sus necesidades respecto a la seguridad social. Las políticas públicas destinadas al caso que nos ocupa deberán también contemplar educación e información para que el principio de igualdad de los trabajadores con responsabilidades domésticas sea comprendido. En su artículo octavo especifica que la responsabilidad familiar no debe constituir por sí sola una causal para ponerle fin a una relación de trabajo.

En el ámbito nacional, la mujer está protegida a través de una legislación diferente, específicamente la Ley N°26.485, que, en su artículo sexto, apartado cuarto, se refiere en particular al tema de la violencia laboral en contra de la mujer. Define, en concreto, la violencia que se puede ejercer en contra de las mujeres en trabajos tanto del ámbito público como en el privado. Esta violencia incluye la obstaculización del acceso al empleo, ascensos, estabilidad en el mismo exigiendo requisitos discriminatorios como un estado civil determinado, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Pondera también el derecho igualitario del hombre y la mujer de igual remuneración por igual tarea o función, y repudia el hostigamiento psicológico hacia la misma con el objeto de lograr su exclusión laboral.

Por su parte, la Ley de Contrato de Trabajo argentina N°20.744 (1974) establece un capítulo específico referido a la protección de la mujer dentro del ámbito laboral. El capítulo 7 comienza con el reconocimiento de la plena capacidad que tiene la mujer para celebrar contratos de todo tipo, y prohíbe el trabajo de la misma a domicilio o en tareas penosas, riesgosas o insalubres. La primera prohibición protege a la mujer del exceso de la jornada de trabajo no remunerada y la segunda la protege como mujer y como madre dentro del seno de una familia. Acto seguido, la protege en dos momentos importantes de su vida: la maternidad y el matrimonio, con plazos de estabilidad e indemnizaciones especiales.

## El concepto de género y su diversidad

La concepción de género binario ha sido superada mundialmente. Actualmente, si bien prevalece la división en sexo masculino y femenino, por cuestiones culturales, sociales o fisiológicas, también se debe reconocer la existencia de otros estereotipos sociales. La Observación N°20 del *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU* (2009) indica que el concepto de sexo no solo abarca las características fisiológicas de las personas, y extiende su noción incluyendo nuevas orientaciones sexuales e identidades de género, atendiendo a la perspectiva de género. Si bien este cambio de paradigma es relativamente reciente, debe ser tenido en cuenta a la hora de definir la discriminación en cuestiones laborales.

La *Declaración de los Principios de Yogyakarta* (2016), que refiere a la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación a la orientación sexual e identidad de género, provoca una *resignificación* completa de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), al afirmar que todos los derechos contemplados en esta aplican a las personas con diferente orientación sexual y toda identidad de género.

La orientación sexual refiere a la atracción sexual, emocional o afectiva que siente una persona, sea por personas de su mismo sexo, diferente o por ambos indistintamente, y la identidad de género alude a la vivencia interna de la persona, a cómo ella se autopercibe,

identificándose con el sexo de su nacimiento (cisgénero) o no (transgénero). Esta última puede implicar un cambio físico de la persona, como la utilización de vestimentas o cirugías.

La Declaración antes nombrada, si bien no es vinculante, está provocando tendencias mundiales de seguimiento. En su Principio N°12, relativo al derecho del trabajo de las personas con diferente orientación sexual o identidad de género, expresa:

“Toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Los Estados:

Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de eliminar y prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el empleo público y privado, incluso en lo concerniente a capacitación profesional, contratación, promoción, despido, condiciones de trabajo y remuneración;

Eliminarán toda discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género a fin de garantizar iguales oportunidades de empleo y superación en todas las áreas del servicio público, incluidos todos los niveles del servicio gubernamental y el empleo en funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, y proveerán programas apropiados de capacitación y sensibilización a fin de contrarrestar las actitudes discriminatorias”.

Lo que pretende esta Declaración es erradicar todo tipo de violencia y discriminación de las personas del colectivo LGBTIQ+ (lesbiana, gay, bisexual, transgénero, intersexual, queer, etc.).

Los principales problemas que deben enfrentar las personas de este colectivo son, muchas veces, la obtención del documento nacional de identidad que refleje su género, la disponibilidad de baños adecuados, la falta de respeto o la burla con respecto a su nombre o forma de vestir, el hostigamiento, la violencia y el acoso por parte de compañeros de trabajo y jefes, y la imposibilidad de obtener trabajos registrados.

La Ley de Contrato de Trabajo, en su artículo 173, reafirma la libertad del trabajador durante la celebración, vigencia y extinción de su vínculo laboral. El empleador no podrá realizar averiguaciones, encuestas o indagar sobre concepción política, religiosa, sindical o preferencias sexuales del trabajador. Este podrá manifestar sus opiniones libremente, siempre y cuando no interfiera con el desarrollo normal de su trabajo.

La Ley de Identidad de Género N°26.743 (2012) reconoce el derecho de toda persona a la identidad de género, al libre desarrollo de su persona, de ser tratada como tal con respeto y a ser identificada en los documentos que acrediten su identidad con su nombre o imagen. También postula el derecho a la rectificación registral de cambio de sexo y nombre, cuando no coincida con la identidad autopercebida, con el solo requisito de ser mayor de 18 años y presentar una solicitud ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas solicitando el nuevo nombre, manteniendo el mismo número. Los menores de edad pueden realizar esta solicitud a través de sus representantes legales, con conformidad del menor. Se deberán tener en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño y la asistencia letrada. En caso de que los representantes legales no accedan a la solicitud del menor, se podrá recurrir a la Justicia *vía sumarísima*. La rectificación registral del sexo no altera la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas. Una nueva rectificación registral del sexo sólo será posible vía judicial.

Las personas en el caso que nos ocupa tienen derecho al trato digno, al acceso a la salud sin restricciones y a su libre desarrollo personal. Esta norma se complementa con el Decreto 476/2021, que creó una tercera categoría de identificación en el DNI y el pasaporte, ya que en el campo referido al sexo identifica a la F como femenino, la M como masculino y la X a cualquier otra opción diferente de estas.

## **Análisis del Convenio N°190 de la OIT (2019) y su Recomendación 206**

En su Preámbulo Constitutivo, el Convenio N°190 recuerda la Declaración de Filadelfia, que afirma: “Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y libertad de oportunidades”.

Es un convenio que fue ratificado por la República Argentina en el año 2021. Postula un concepto de acoso y violencia mucho más amplio que la Ley Nacional, ya que también incluye la violencia doméstica y al trabajador despedido, incorpora tanto al ámbito privado como al público, urbano o rural, trabajadores formales e informales. La cuestión central que defiende es la “dignidad de la persona”, la necesidad de buscar *la igualdad* ante todos los medios posibles y el *disfrute* de las relaciones de trabajo sin violencia ni acoso laboral.

En cuanto a “violencia y acoso”, este Convenio los considera una violación a los derechos humanos, una amenaza para la igualdad de oportunidades que es incompatible con el trabajo decente. Reconoce que la violencia y el acoso no solo afectan la salud del trabajador, sino también la calidad de los servicios públicos y privados, las empresas sustentables y su organización de trabajo. Resalta de manera acabada la desproporcionada violencia y el acoso que se ejercen sobre las mujeres y las niñas dentro del ámbito del derecho del trabajo.

Dice, específicamente:

“La expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género” (art. 1, apartado a).

“La expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual” (art. 1, apartado b).

Con respecto al ámbito personal, el Convenio protege a “los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo” (art. 2.1), concretamente a:

- El trabajador asalariado según lo definan las legislaciones nacionales.

- Las personas que trabajan cualquiera sea su situación contractual.
- Las personas en formación: incluidos los pasantes y los aprendices.
- Los trabajadores despedidos.
- Los trabajadores voluntarios.
- Las personas que buscan empleo y los postulantes a un empleo.
- Los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o responsabilidades de un empleador.

La definición es muy amplia e involucra a los trabajadores del ámbito público y privado, rural o urbano, registrado o informal, e incluye a los terceros como víctimas o autores de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Postula una necesaria protección de los grupos más vulnerables, incluyendo a las mujeres y a los trabajadores de grupos vulnerables. Dentro de la concepción de *grupos más vulnerables*, hubo un interesante debate en la Convención del 2019, que incluyó una importante oposición de Rusia y un grupo de países africanos. El proyecto de la Recomendación decía: “Los grupos vulnerables o grupos de vulnerabilidad mencionados en el art. 7 del Convenio deberán comprender: a) los jóvenes y las personas de edad, b) las mujeres embarazadas o lactantes

y las personas con responsabilidades familiares, c) las personas con discapacidad, d) las personas que viven con VIH, e) los migrantes, f) los pueblos indígenas y tribales, g) las minorías étnicas o religiosas, h) las personas afectadas por el sistema de castas, i) las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans, intersexuales y no conformes con el género”.

Claramente este artículo fue muy discutido, sobre todo en la protección concreta de las cuestiones por “género”, es por ello que se zanjó la discusión definiendo concretamente en la Recomendación 206, inherente al Convenio, que: “La referencia a los grupos vulnerables y a los grupos en situación de vulnerabilidad en el art. 6 del Convenio deberán interpretarse de acuerdo a las normas internacionales del trabajo y los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables”.

Otro concepto que se analiza en el Convenio es el de *ámbito espacial*. Las situaciones protegidas son el acoso o la violencia que se generó durante el trabajo, en relación al trabajo, o como resultado del mismo (art. 3). Esto implica que la violencia o el acoso puedan haberse realizado en el lugar de trabajo, involucrando los espacios públicos o privados del mismo, en los lugares donde se le paga al trabajador, donde come o descansa, instalaciones sanitarias de aseo, baños o vestuarios, en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales que tenga en relación con el trabajo, en los trayectos del trabajo al domicilio del trabajador y viceversa, en el marco de las comunicaciones relacionadas con el trabajo o en los alojamientos proporcionados por el empleador. También, de una manera novedosa, protege al trabajador de “la violencia doméstica”, ya que la misma puede afectar el empleo, la productividad, la salud y la seguridad de los trabajadores. Manda a los gobiernos y a la Organización de trabajadores y empleadores a reconocer y abordar el tema.

La Recomendación N°206 reconoce en su artículo sexto que el trabajo doméstico es uno de los más afectados por la violencia y el acoso, indicando medidas de protección como: licencias para las víctimas de violencia, modalidades de trabajos flexibles, protección contra el despido, sistema de mecanismos públicos mitigadores de la violencia, sensibilización sobre la violencia doméstica, entre otras. Aclara además que la violencia doméstica es la ejercida por algún miembro del hogar del trabajador, y la discrimina del “trabajo doméstico” como entidad independiente del hogar.

El enfoque del presente Convenio busca ser inclusivo, integrado y tener en cuenta las “consideraciones de género” para prevenir y sancionar todo tipo de violencia y acoso en el mundo del trabajo. Debe ir más allá de la legislación laboral, incorporando la reglamentación sobre la salud y la seguridad en el trabajo, la igualdad y no discriminación, el derecho penal y la negociación colectiva.

Para lograr la inclusión y la integración se deberá trabajar con un enfoque horizontal, teniendo en cuenta las políticas estatales, en consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores más representativas. Además, se deben establecer lineamientos que prohíban la violencia y el acoso, y políticas de prevención, castigo, control, seguimiento y ejecución de las sanciones por las situaciones de violencia y acoso ya mencionadas.

Las mujeres y las niñas son más pasibles de acoso laboral y sexual por cuestiones de género, por esto se deben establecer normas que barran con estereotipos instalados culturalmente para ciertos trabajos, promover políticas públicas y privadas antidiscriminatorias y regular y controlar las relaciones de poder dentro del ámbito laboral. También hay que mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo; velar por que las víctimas tengan acceso a recursos, reparación y medidas de apoyo para comprender y salir de la situación, y desarrollar herramientas de formación, educación y sensibilización contra la violencia y el acoso laboral.

Un punto importante del Convenio es su *vínculo con los principios y derechos fundamentales del trabajo*: se deberán respetar los principios y los derechos consagrados en el mundo del trabajo, tales como la libertad de asociación y negociación colectiva, la

eliminación del trabajo infantil, la abolición del trabajo forzoso, la eliminación de la discriminación en el trabajo y el empleo y fomento del trabajo decente y seguro.

Profundizando en cuanto a *protección y prevención*, este cuerpo legal obliga a que los Estados parte establezcan la reglamentación necesaria para definir y prohibir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incorporando la violencia y el acoso por razón de género, adaptando sus legislaciones internas al mismo. *La prevención no deberá implicar la restricción o exclusión de la mujer o grupos determinados en determinados empleos.*

Es importante destacar aquí que debido a la gran diversidad cultural de los Estados parte del Convenio, la violencia y el acoso en el ámbito del trabajo no resultan uniformes en todo el mundo. Es por ello que este instrumento internacional manda a identificar los sectores, las ocupaciones y las modalidades más expuestas a la violencia. La Recomendación detalla que el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza en forma aislada, los trabajos realizados dentro del servicio de salud y hotelería, los servicios sociales y el trabajo doméstico, entre otros, están dentro de las ocupaciones más riesgosas.

Resalta también la importante función de la autoridad pública en la protección del trabajo informal y el papel preponderante de los empleadores, a quienes se les deberán exigir políticas de prohibición, control y sanción de las conductas vedadas dentro del ámbito laboral, en consulta con los representantes de los trabajadores. Esto puede también implicar un sistema de seguridad y salud que tenga en cuenta la violencia y el acoso y la evaluación de los riesgos psicosociales del trabajo, identificación de los peligros, prevención, información y capacitación para identificar, controlar y sancionar este tipo de conductas antijurídicas. Los Estados parte del Convenio deben proporcionar los recursos económicos para hacer posibles la prevención y la sanción de estas conductas.

Con respecto al *control de aplicación*, y sus *recursos y reparación*, tanto el Convenio como su pertinente Recomendación son claros y novedosos a la hora de encararlos y definirlos. Propone establecer una legislación clara anti-violencia y acoso, sanciones precisas y los medios de control y castigo ante la infracción a la norma, lo cual es una cuestión esencial que deben garantizar todos los miembros de este Convenio. Deben establecer los medios de solución al conflicto: estos deben tener una celeridad procesal acorde, manteniendo la privacidad de la víctima y las medidas pertinentes para que los hechos no ocurran nuevamente. También se deberán proveer medios que protejan no solo al querellante sino también a los testigos de la víctima. Dentro de las vías reparatorias, pueden referirse a la vía indemnizatoria por el daño causado. Los mecanismos de presentación de las quejas deben comprender tribunal especializado, trámites con la mayor celeridad posible y *la inversión de la carga de la prueba*. La víctima debe tener no solo asesoría jurídica, sino asistencia médica a tal efecto.

Por último, el Convenio define la orientación y la sensibilización acerca de la violencia en el mundo del trabajo, que se deben dar a través de las políticas públicas con el seguimiento de los sindicatos y las cámaras empresariales, y deben consistir en concientizar a los trabajadores a un ambiente laboral sano, que la violencia y el acoso son inaceptables y denunciabiles.

## **A modo de conclusión**

Las mujeres conforman el 51% de la población mundial y solo pueden acceder al 38% de los puestos laborales. A pesar de que en muchos casos es la más idónea y capacitada, tiende a ser discriminada por razones de género fundamentadas en razón de prevalencia de *estereotipos sociales* para determinados puestos de trabajo, la realización de *tareas domésticas o de cuidado de personas* (trabajo invisible pero necesario para todas las economías del mundo), que deviene en un menor rendimiento, la imposibilidad de mantener el puesto de trabajo o

perfeccionarse y *la violencia o acoso* que sufre en el mundo del trabajo y le causa un gravamen irreparable y el abandono del puesto de trabajo, entre otros daños.

La carga horaria que tienen mayormente las mujeres en la Argentina, referida a los cuidados de personas y tareas del hogar, hace que la mujer trabaje, entre las horas remuneradas de su trabajo y no remuneradas de las tareas del hogar, unas 57,6 horas por semana, frente al hombre que, en promedio, trabaja 34,5 horas dentro de los dos rubros.

Con esto queda demostrado de una manera notoria que el trabajo doméstico y de cuidado de personas no remunerado es el talón de Aquiles de la mujer, que produce en ella una desventaja contundente respecto del hombre.

Para paliar la desigualdad real que hay entre los hombres y las mujeres dentro del mundo del trabajo es necesario establecer *unidades de medición* objetivas para la determinación del salario, basadas en rendimiento, responsabilidad, capacitación, responsabilidad en el trabajo, calificación o antigüedad, entre las más comunes. También la derogación de normas que impidan o restrinjan su acceso al trabajo es una medida positiva de gran escala.

En cuanto a la trabajadora con tareas de cuidado, es necesario valorar cuantitativamente el trabajo que realiza en el hogar, el cuidado de menores, adultos mayores o personas con discapacidad, que podrán ser retribuidos por los sistemas de seguridad social de los países que pretendan la igualdad real de los géneros, o establecer políticas públicas que tiendan a modificar “el papel tradicional de los hombres y las mujeres en la familia y en la sociedad”. También se podrán definir estructuras en los establecimientos patronales que ponderen el cuidado de menores a cargo de los trabajadores con tarea de cuidado, reducir distancias del hogar o utilizar la modalidad de “teletrabajo”, con el fin de facilitar el acceso de la mujer a los puestos de trabajo.

El concepto de género está cambiando a nivel mundial. Se ha superado el binarismo basado en el sexo masculino y femenino, y se ha incorporado en su concepto la orientación sexual y la identidad de género. Los *Principios de Yogyakarta* han producido una tendencia de seguimiento mundial con respecto a la resignificación del derecho de las personas LGBTIQ+. El Convenio N°190 de la OIT postula un mundo del trabajo libre de acoso y violencia. Se centra en la dignidad de la persona y la igualdad de oportunidades. Postula un ámbito de aplicación más amplio y novedoso, ya que incluye la violencia doméstica y al trabajador despedido.

Tanto la discriminación laboral en todas sus acepciones, y en especial la discriminación por género (extendida a la orientación sexual e identidad de género), como la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, no solo atentan contra la dignidad de la persona, su salud, sus derechos y oportunidades, sino también afectan la calidad del servicio público o privado, la organización de la empresa, su imagen, las relaciones humanas y la producción. Es decir, son factores negativos que atentan no solo contra “el trabajo decente”, sino a la organización empresarial como el otro polo de la relación laboral.

Por lo tanto, y para finalizar, establecer políticas públicas y privadas que garanticen la dignidad del trabajador, la igualdad de trato y oportunidades y un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso es prioritario para lograr un trabajo decente y una empresa sustentable.

## Referencias bibliográficas

Arece, C. (2022). *Derechos humanos laborales*. (P.282). Rubinzal-Culzoni Editores.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

**Declaración de Principios de Yogyakarta (2016).**

**González Velosa, C. (2023).** No es fácil ser mujer en el mundo del trabajo. BID. <https://blogs.iadb.org/trabajo/es/no-es-facil-ser-mujer-en-el-mundo-del-trabajo/> Ley de Contrato de Trabajo argentina N°20.744 (1974).

Ley de Identidad de género N°26.743 (2012).

OIT (1951). Convenio N°100.

OIT (1958). Convenio N°111.

OIT (1981). Convenio N°156.

OIT (2019). Convenio N°190.

OIT (2019). Recomendación N°206 al Convenio N°190.

**Urquidi, M. y Chalup, M. (2023).** Brecha de ingresos laborales por género en América Latina y el Caribe: un análisis de sus diferentes componentes y determinantes. <http://dx.doi.org/10.18235/0004785>

*Recibido el 4 de abril de 2024; aceptado el 22 de abril de 2024.*



# TUTELA JUDICIAL EFECTIVA LABORAL

EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION OF LABOR RIGHTS

**María Sofía Porta Elías<sup>25</sup>**

Universidad Nacional de Tucumán

portaeliasmariasofia@gmail.com

**Resumen:** En este trabajo se aborda el tema de la tutela judicial efectiva como un derecho humano fundamental de raíz constitucional que forma parte de la noción de Estado de Derecho y que tiene a la justicia como un valor fundamental. Se analiza cómo se materializa en los diferentes momentos en que este derecho se ve vulnerado a lo largo de todo el proceso judicial, desde su inicio hasta una resolución judicial, considerando la influencia de la digitalización en el sistema judicial. La defensa en juicio debe ser interpretada de manera amplia debido al interés institucional y constitucional en reparar los agravios de las personas. Por lo tanto, es necesario fortalecer el sistema de protección de los derechos fundamentales e intereses legítimos dentro del procedimiento judicial, incluso en el contexto del "nuevo procedimiento digital". Se establecen los presupuestos sobre los cuales se debe ponderar de manera circunstanciada los derechos de las partes del proceso con respecto al interés general, para que el juez pueda garantizar la ejecución de la sentencia, evitar perjuicios irremediables y lograr la protección efectiva de los derechos individuales de las personas.

**Palabras Claves:** Tutela judicial; Derechos fundamentales; Digitalización judicial; Interés institucional.

**Abstract:** In this paper we address the issue of effective judicial protection as a fundamental human right with constitutional roots that is part of the notion of the rule of law and that has justice as a fundamental value. We are analyzing how it materializes in the different moments in which this right is violated throughout the judicial process, from its inception to a judicial resolution, considering the influence of digitalization in the judicial system. The defense in trial must be interpreted broadly due to the institutional and constitutional interest in redressing the grievances of individuals. Therefore, it is necessary to strengthen the system of protection of fundamental rights and legitimate interests within the judicial procedure, including in the context of the "new digital procedure". We establish the assumptions on which the rights of the parties to the proceeding must be weighed in a circumstantial manner with respect to the general interest, so that the judge can guarantee the execution of the sentence, avoid irremediable damages and achieve the effective protection of the individual rights of the people.

---

<sup>25</sup> Procuradora, Abogada y Notaria, Universidad Nacional de Tucumán. Mediadora. Docente de las materias Práctica I / Destrezas IV y Práctica II / Destrezas V de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán. Diplomada en Derecho del Trabajo dictada por el Colegio de Abogados de la provincia de Salta. Diplomada en Derecho Sucesorio, dictada por la Universidad Santo Tomás de Aquino de la provincia de Tucumán. Diplomada en Perspectiva de Géneros y Diversidad, dictada por la Universidad Nacional del Chaco Austral. Miembro del Instituto de Derecho Laboral del Colegio de Abogados de Tucumán.

**Keywords:** Judicial protection; Fundamental rights; Judicial digitalization; Institutional interest.

## I. Introducción

Se entiende por tutela judicial efectiva al derecho fundamental que garantiza que cualquier persona pueda iniciar un proceso legal con el fin de obtener una reparación de un derecho vulnerado. Se encuentra contemplada en los arts. 8.1 y 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.1 y 14.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a la Constitución Nacional en su Art. 75, Inc. 22. Consiste en una garantía mínima y primordial que se debe observar en el marco del debido proceso legal.

La tutela judicial efectiva no consiente solo que las personas puedan recurrir a los órganos judiciales en busca de la tutela de su derecho, sino que va más allá garantizando la consecución de sentencias justas y no arbitrarias dictadas según la autoridad de turno, su apreciación y los intereses creados que favorecen a unos cuantos. (Arese, 2017)

Por lo tanto, el derecho a la tutela judicial se materializa en diferentes momentos: en el acceso a la justicia en defensa de derechos e intereses vulnerados, en el derecho a que el proceso judicial que se inicia cumpla con las garantías procesales, en la respuesta motivada y fundada en derecho por parte de los jueces, en el derecho a recurrir el fallo obtenido cuando la resolución se considere desfavorable, y aún, en el derecho a que se ejecute el fallo de la sentencia para garantizar la efectividad de decisiones judiciales.

## II. La Tutela Judicial Efectiva como garantía constitucional

Es un derecho reconocido dentro de los Derechos Fundamentales de nuestro ordenamiento. Se entiende que toda persona tiene derechos que le asisten por el mero hecho de ser persona, y éste es el derecho a la defensa de los intereses de reclamar jurídicamente, aquello que se considera se conculca.

Por consiguiente, el proceso en sí se convierte en una garantía fundamental al derecho a la defensa, la misma que a través de la existencia de un tribunal competente e imparcial, dotado de independencia, autoridad y responsabilidad, pueda impartir justicia. Al hacer referencia al tema de la independencia del juez, se debe manifestar que la misma no debe estar subordinada bajo ningún concepto al poder político, porque si cae en él, sólo podrá emitir una justicia viciada, en la que prime el interés político de turno y no el interés de las partes como tal.

El constitucionalismo argentino tradicional no expresa textualmente el *acceso a la justicia* como un derecho o garantía fundamental. La inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso han sido naturalmente interpretadas como esferas de protección constitucional que operaban dentro de un proceso judicial de determinación de derechos, una vez que éstos eran iniciados.

En palabras de Bidart Campos lo que hoy se denomina como “tutela judicial efectiva” es una ampliación del derecho de “acceso a la jurisdicción” que si bien no estaba reconocido expresamente en CN si lo era por la doctrina y jurisprudencia, ya que la CSJN lo ha incluido dentro de las garantías del art. 18, que consideró violadas en casos en los que se le impidió al actor acudir a la justicia para obtener una sentencia. Según el mismo autor, la tutela judicial efectiva se integra, entre otros, con el derecho a una sentencia justa, fundada y en tiempo razonable. (Bidart Campos, 2006)

Desde mediados del Siglo XX la CSJN fue estableciendo la doctrina según la cual tales derechos y garantías constitucionales expresas incluían también, como un presupuesto, la existencia de otra: la de acudir y acceder efectivamente ante un órgano judicial. (Maurino, 2016)

En el ámbito internacional, el derecho de acceso a la justicia fue reconocido en diferentes instrumentos, desde el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. 13 del Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, el art 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 así como las constituciones italiana, alemana y española entre otras.

En el plano local, nuestra constitución se inscribe en la tradición, con compromiso en la protección de las personas contra las arbitrariedades y abusos del poder estatal, con tendencia a robustecer las garantías constitucionales.

La interpretación amplia de la inviolabilidad de la defensa en juicio fue durante décadas la protección constitucional de las víctimas en el proceso penal. A partir de la incorporación de los pactos internacionales de derechos humanos se vieron enriquecidos por los deberes estatales de investigar y en su caso, sancionar a aquellos delitos que a su vez configuren una violación a los derechos humanos.

La defensa en juicio debe ser interpretada de manera amplia debido al interés institucional y constitucional en reparar los agravios de las personas. La Constitución garantiza a todos por igual el derecho a obtener una sentencia fundada que sea consecuencia de un juicio previo y sustanciado en legal forma, por lo que no hay razón para tratar de modo desigual a quien acude peticionando un reconocimiento y a quien se opone a ello.

### **III. Su relación con el derecho laboral en la dinámica del proceso judicial.**

Partiendo del principio de tutela judicial efectiva, y teniendo en cuenta algunos institutos del Derecho del Trabajo, se torna necesario impulsar el debate judicial para que tanto el principio como los institutos puedan realizarse, ya que muchas veces se observa un sistema judicial viciado en trámites engorrosos, que lesionan los derechos de quienes necesitan acudir a los órganos judiciales en busca de tutela jurídica, para solucionar los inconvenientes que se suscitaren según el caso. Por lo tanto, resulta irónico acudir a la justicia en busca de ella, y encontrarse con todo lo contrario, un sistema judicial viciado con meros trámites burocráticos, que conculcan la implementación de los principios constitucionales a la garantía de la seguridad jurídica.

Esta inquietud, radica en la eficacia de la garantía de tutela judicial respecto de institutos del Derecho del Trabajo, de modo que se pueda concretar la instrumentalidad del proceso judicial en materia laboral para que redunde en la concreción efectiva de la tutela. En realidad, lo que se persigue es una dinámica eminentemente práctica, por lo que el punto de partida será la individualización de los problemas de la práctica para buscarles una solución con apoyo desde el marco teórico.

Hay que recordar, que el Derecho del Trabajo nace y se desarrolla con miras de protección del trabajo humano, donde la tutela del trabajo constituye el principio constitucional que impregna, sostiene y provoca la construcción de esta disciplina. Tal es así, que la protección especial del hombre trabajador constituye el criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo que, responde a un objetivo de igualdad al mismo tiempo que persigue un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. (Plá Rodríguez, 2015)

Dicho esto, podríamos decir que en el Derecho del Trabajo la igualdad deja de ser el punto de partida para convertirse en meta a alcanzar por el ordenamiento jurídico y que la protección del trabajo y del trabajador propiamente dicho, se erige en un principio que informa todo el ordenamiento jurídico nacional, y además se encuentra protegido por el artículo 14 bis de nuestra carta magna una pluralidad de fuentes heterónomas y autónomas, aun cuando muchas veces contienen expresiones ambiguas y/o dejan vacíos.

En definitiva, tenemos un sistema procesal laboral en el que sus bases radican en los principios procesales, una autonomía respecto del derecho procesal común, y las reglas aplicables en cuanto a su interpretación e integración; de modo que su nexo de sistema son los principios del derecho laboral. De esta forma, se logra sistematizar las disposiciones normativas disgregadas en el mundo jurídico laboral, tanto en cuanto a sus fuentes como a sus distintos momentos de nacimiento a la vida jurídica, actuando como microsistema dentro del microsistema del Derecho del Trabajo.

Se trata de facilitar, por ende, no sólo el acceso a la jurisdicción sino también la obtención de una resolución judicial sobre el fondo del asunto que resuelva la litis, si bien ello se condiciona, por razones de certidumbre y seguridad jurídica, a la concurrencia de presupuestos y requisitos procesales, de forma que una resolución judicial que deje imprejuizado el asunto por su incumplimiento no lesionaría, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva.

#### **IV. ¿Es posible una tutela efectiva en la era digital?**

Resulta imposible no pensar su relación con la digitalización, que hoy por hoy, impregna toda la actividad humana y más aún la actividad judicial, que, si la justicia ya era engorrosa muchas veces, es de pensar ¿qué tan efectiva será la tutela al ser “atravesada” por la tecnología?

Los hechos del mundo físico son diferentes de los fenómenos que suceden en el ámbito digital y, por eso, existe una tendencia creciente hacia la sanción de reglas específicas para abordar esta problemática. El tema que despierta mayor interés es la regulación de la evidencia digital y de ciertas tecnologías de investigación que - si son mal utilizadas- pondrían en peligro, como mínimo, la privacidad de las personas. Es por ello por lo que existen puntos que deberían considerarse para debatir -con una perspectiva de derechos- futuros intentos de regulación.

La digitalización no implica únicamente la sustitución de las formas de operar por instrumentos más ágiles y con menor y/o ninguna intervención humana. La transformación digital debería comportar una reflexión sobre una nueva forma de operar, con personal adecuado y procedimientos de control.

En el marco de la digitalización o de las tecnologías disruptivas, ocupa un lugar singular la inteligencia artificial y ello desde una doble perspectiva. De un lado, interesa conocer el uso de instrumentos de inteligencia artificial por las Administraciones Públicas y, en general, por los entes del sector público. De otro lado, habrá que determinarse el tipo de control que cabe ejercer respecto de la actuación administrativa.

Si bien, los usos de la inteligencia artificial pueden ser múltiples y variados, con fines a mejorar y facilitar el debido proceso, pero no por ello deja de ser un factor de riesgo, la noción de expediente judicial electrónico, es un punto de partida decisivo no sólo para contar con una justicia digital que responda a los citados principios de eficacia, eficiencia y transparencia, sino también para poder acompañarlo de técnicas de inteligencia artificial que faciliten la administración de justicia y más aún la protección de los derechos fundamentales.

Resulta necesario diferenciar aquellos supuestos en que el instrumento de inteligencia artificial es un elemento adicional más en el proceso de toma de decisiones que proporciona una información valiosa de aquellos otros supuestos referidos a decisiones automatizadas en sentido estricto; de manera que vele por

los derechos en procesos de transformación digital, procesos que indudablemente presentan numerosos aspectos positivos para el desarrollo individual y colectivo, pero también riesgos que conviene conjurar desde el Derecho en la medida de nuestras posibilidades.

En el caso de tecnologías digitales, la complejidad de su funcionamiento implica por un lado que su capacidad de afectar derechos fundamentales es mayor y por el otro, que necesitamos el auxilio de especialistas para comprender qué riesgos presentan estas herramientas, por lo cual es necesario aumentar las protecciones a los individuos con el fin de restaurar el balance de poder entre derechos y tutela efectiva de los mismos por parte de la justicia.

## **V. Conclusión**

El fin de la acción de tutela no es otro que proteger los llamados derechos fundamentales, cuando estos se encuentren en eminente riesgo ya sea por parte de las instituciones del Estado o por los mismos particulares cuando no exista otro medio eficaz e inmediato para su protección.

El derecho fundamental a una tutela judicial efectiva posee jerarquía constitucional nacional, constituyendo un avance y mejora respecto del tradicional concepto de “debido proceso”, interesándose especialmente por el logro de un proceso civil eficiente.

Sin embargo, la tutela efectiva ha tenido un desarrollo importante en los últimos tiempos embargo, el sistema y entendimiento del derecho complejo no es el esperado, ya que todavía existen brechas importantes por solventar, como preparar a los jueces, capacitarlos para que emitan mejores sentencias y a la vez dejarlos libres de formatos, que impiden un verdadero desarrollo jurídico e imposibilitan una efectiva aplicación de la tutela efectiva de la justicia.

El método aplicado para deducir la existencia real del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva mostró que existen en los procesos las garantías procesales que se predicen en todo tipo de procesos, pero que faltan elementos para predicar la vigencia real y la definición de los alcances y límites del derecho a la tutela judicial efectiva.

Existe la necesidad de fortalecer el sistema de protección de los derechos fundamentales, e intereses legítimos dentro del procedimiento judicial aun cuando se trate del nuevo procedimiento digital.

Se deben establecer los presupuestos sobre los cuales se debe ponderar de manera circunstanciada los derechos de las partes del proceso con respecto del interés general, para que con ello pueda el juez garantizar la ejecución de la sentencia, evitar perjuicios irremediables y lograr la protección efectiva de los derechos individuales de las personas.

Se requiere una nueva visión que permita extraer no solo las garantías procesales, sino procurar que el sistema de protección sea completo y efectivo, para lo cual se deben implantar formas, evitando establecer requisitos desmesurados que hagan difícil la protección de los derechos e intereses legítimos.

Ello, a su turno revierte en el juez, quien debe asumir una aptitud pro actione y favorecedora de los derechos fundamentales en equilibrio con el interés general, con fundamento en las garantías procesales que se encuentran en la Constitución.

Para evitar una yuxtaposición entre los mecanismos de protección legal y los constitucionales, debe procurarse una regulación que canalice las actuaciones con una visión especializada y efectiva frente a los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos.

### **Bibliografía**

**Arese, C. (2017).** *El acceso a tutela judicial efectiva laboral*. México: Biblioteca Virtual Jurídica de la ccdj UNAM.

**Bidart Campos, G. (2006).** *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

**Maurino, G. (2016).** "Acceso a la justicia" en Roberto Gargarella et al (coord.) "Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina". Buenos Aires: La Ley.

**Plá Rodríguez, A. (2015).** *Los principios del derecho del trabajo. Edición al cuidado de Hugo Barretto Ghione*. Ed. FCU.

*Recibido el 7 de marzo de 2024; aceptado el 3 de mayo de 2024.*

# NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

Los trabajos propuestos deben ser originales e inéditos y no deben encontrarse en estado de revisión por el comité editorial de otra revista ni ser enviados a otras revistas mientras dure el proceso de revisión. Las contribuciones deben ser enviadas a la dirección de correo [derechoydebateunsl@gmail.com](mailto:derechoydebateunsl@gmail.com).

*Derecho y Debate* publica artículos originales, discusiones, notas críticas y reseñas bibliográficas en inglés, portugués y español. También son de interés las contribuciones críticas a artículos ya publicados en la revista.

Los artículos no deberán exceder las 10.000 palabras, las notas críticas, las 3.000 palabras, y las reseñas bibliográficas, las 1.000 palabras. La revista se reserva el derecho de considerar la publicación de trabajos que sobrepasen esos límites.

Los trabajos propuestos serán sometidos a la evaluación de al menos dos revisores externos, bajo el sistema doble ciego. La decisión final sobre la publicación la tomará el Consejo Editorial teniendo en cuenta los informes emitidos por los evaluadores.

Cuando una contribución resulte aceptada, el autor recibirá por correo electrónico las pruebas en formato PDF. El autor deberá cotejarlas cuidadosamente y enviar sus comentarios en el plazo de cinco días hábiles a [derechoydebateunsl@gmail.com](mailto:derechoydebateunsl@gmail.com). Los autores recibirán la separata digital de su artículo en formato PDF.

## 1. Forma y preparación de manuscritos

Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente en el texto. Las referencias se citarán por el apellido del autor y el año de publicación, por ejemplo, Hart (1963) o (Bulygin, 2006, p. 127) en el mismo cuerpo del texto. Al final del texto se deberá incluir un listado completo de las referencias citadas en el artículo, bajo el encabezamiento "Bibliografía", siguiendo el orden alfabético de los apellidos de los autores y de forma que los títulos de los libros y revistas aparezcan en cursiva, según el orden siguiente:

Guibourg, R. (2008). *Lógica, proposición y norma*. Astrea.

Adams, Z. (2023). TRADE UNIONS AND THE LAW: A MATERIALIST PERSPECTIVE. *The Cambridge Law Journal*, 82(1), 30-57. doi:10.1017/XXXX

En general, la revista sigue las pautas de la American Psychological Association (APA).

Aviso de derechos de autor/a

Esta revista proporciona un acceso abierto inmediato a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global de conocimiento. Los autores mantienen los derechos de autoría de sus manuscritos.

Declaración de privacidad

Los nombres y las direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionarán a terceros o para su uso con otros fines.