

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO XVI (2015)

ABRIL, Ernesto; ADÉN, Ercilia; ALLIONE, Osvaldo; ASSANDRI, Mónica;
ÁVILA PAZ de ROBLEDO, Rosa; BARBARÁ, Jorge A.; BERTOSSI, Roberto F.;
BORGARELLO, Esther S.; BORGARELLO, Matías I.; CAMPANA, Maximiliano;
DE GAETANO, Andrés; FATAUROS, Cristián; FORADORI, María L.;
FREYTES, Alejandro; GÓIS MORALES, Angélica; GÓMEZ DEL RÍO, M. Eugenia;
JODOR, Nerea L.; JUÁREZ CENTENO, Carlos A.; JULIÁ, Marta S.;
KESELMAN, Sofía A.; LOZA SERRA, Ignacio; MINI, Emma;
OLIVARES, Nicolás E.; ORLANDI, Olga; ORTIZ, María I.;
PARMIGIANI, Matías; PARMIGIANI, Myriam C.; PASTOR, Irma;
PERALTA, José Milton; PEZZANO, Luciano; REY CARO, Ernesto;
RICHTER, Anna; SAAD, Carla; SALAS, Graciela R.; SALOMÓN, Marcelo J.;
SELEME, Hugo O.; SEQUEIRA, M. Eugenia; TAVIP, Gabriel E.;
ULLA, María C.; URIONDO, Amalia L.; URQUIZA, María I.;
VILLAGRA, Ángel E.; WARDE, Adriana

Copyright © 2016 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author

Tirada: 300

I.S.S.N. 1667-6122
RNPI en trámite

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR
Hugo JURI

FACULTAD DE DERECHO

DECANO
Ramón Pedro YANZI FERREIRA

VICEDECANO
Lorenzo BARONE

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR
Esteban F. LLAMOSAS

COORDINADORA ACADÉMICA
María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN
Isabel Lucía ALEM DE MUTTONI

COMITÉ EDITORIAL DEL ANUARIO XVI

Esteban F. LLAMOSAS
Elena GARCÍA CIMA
Carlos Julio LASCANO
Hugo SELEME
Ernesto REY CARO
María Alejandra STICCA (Secretaria)



Indexado en Catálogo y Directorio en el “Sistema Regional
de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal (Latindex)”.

Editor Responsable: Editorial La Ley
Tucumán 1471 - C.A.B.A - C1050AAC - Tel. 4378-4740

REGLAMENTO DEL ANUARIO - NORMAS EDITORIALES

1. Características del Anuario

El *Anuario* es una publicación científica, arbitrada, periódica (anual), cuyo propósito es difundir las investigaciones llevadas a cabo por los investigadores vinculados al Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, y los docentes de la Facultad de Derecho de la UNC. Intenta presentar a la comunidad académica jurídica los resultados de los proyectos que tienen sede en el Centro, con el propósito de estimular el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas ni poseer orientación particular. Sólo admite trabajos inéditos, no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas.

El *Anuario* no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores.

2. Contenido del Anuario

En cada número se publican resúmenes de distintas investigaciones realizadas en el CIJS, agrupadas en bloques temáticos afines.

3. Normas de recepción y arbitraje

El *Anuario* acusará recibo de los originales remitidos por los autores, que serán evaluados por el Comité Editorial y un evaluador externo, en lo que refiere a su relevancia académica, su originalidad y su estructura formal. Se comunicará a los autores la aceptación para publicar, o en su caso, la conveniencia de una revisión del original, o el rechazo de la solicitud. En caso de ser necesario se recurrirá a una segunda evaluación externa, notificándose a los autores de las decisiones adoptadas. Los autores serán informados de la fecha de recepción y de la fecha de aceptación de sus trabajos, lo que será asentado en la publicación.

4. Extensión de los originales

Los originales de los artículos de investigadores y docentes-investigadores sobre temas específicos no deberán sobrepasar la cantidad de 15 páginas, tamaño A4, a simple espacio y los resúmenes de investigación de los becarios no deberán sobrepasar la cantidad de 3 páginas, tamaño A4, a simple espacio. En esta extensión quedan comprendidas notas y referencias. Se admite un solo artículo por autor.

5. Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

5.1. Forma del escrito

- El escrito debe estar impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 2 copias y en un CD, letra Times New Roman, tamaño 12, a un solo espacio. El CD deberá estar etiquetado consignando claramente el nombre del autor y el nombre del archivo. El Centro de Investigaciones trabaja en Word para Windows.
- La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del Autor o Autores acompañándose al pie con asterisco las referencias del o de los mismos (en no más de cinco renglones) relativas a la máxima titulación, función laboral y lugar donde trabaja, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 100 palabras; d) Palabras-clave y key words en número no mayor a cinco expresiones.

5.2. Abreviaturas y otros signos

Todas las abreviaturas que se empleen deben ser explicadas la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocan en *itálica*, salvo que se empleen letras griegas.

5.3. Tablas y figuras

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

5.4. Notas

Cuando se pongan, las notas de pie de página deben indicar:

- el apellido y nombre del autor con versalita;
- el título del trabajo en *bastardilla* sin comillas, si se trata de título de libro;
- el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica se indicará en *bastardilla* el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas. Cuando se trata de obra conjunta, se indicará con letras versalita el nombre del responsable de la obra y en *bastardilla* el título de la obra conjunta.

Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

6. Material a presentar con el libro

Deberá entregarse el material completo en la Secretaría del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Caseros 301, 1º piso, Córdoba, en el horario de 10 a 18 hs, adjuntando:

- Nota dirigida a la Dirección del CIJS, solicitando la publicación del trabajo, acompañada de declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.
- Breve *curriculum vitae*.

7. Corrección de pruebas

El *Anuario* habitualmente da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

8. Entrega de la publicación al Autor

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a su disposición un ejemplar del *Anuario*.

BALANCE Y PERSPECTIVA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

INVESTIGACIÓN Y COMPROMISO SOCIAL

Toda publicación científica desde una institución pública es motivo de celebración, y más cuando persiste en el tiempo, como política que atraviesa diferentes gestiones y da cuenta de los cambios y las nuevas preocupaciones de los investigadores. También debe celebrarse, en el caso concreto de este nuevo Anuario, la cantidad de autores y evaluadores que han aportado su trabajo y compromiso, entre investigadores de planta del CIJS, investigadores y becarios de Conicet, profesores de la Facultad de Derecho y jóvenes becarios de pregrado.

Este Anuario, el número dieciséis, refleja la labor intelectual desarrollada durante 2015, y es el segundo que se publica luego de su incorporación al Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex).

Esta publicación, por otra parte, no es la única política con continuidad en un Centro de Investigaciones que acaba de cumplir su trigésimo aniversario. Este año hemos otorgado once nuevas becas de pregrado a estudiantes de la carrera de abogacía, consolidando un programa de éxito probado para la futura incorporación de investigadores al ámbito de la Facultad; y también se encuentra en pleno desarrollo la asignatura opcional de seis créditos “Tutorías de Investigación”, ofrecida y dictada por profesores vinculados al CIJS.

La presencia de investigadores en nuestra sede es continua y se ha multiplicado en los últimos años, ya desarrollando sus proyectos individuales y grupales en los despachos de las dos plantas del edificio, ya ofreciendo cursos y seminarios entre marzo y diciembre. Lugar de trabajo de sus miembros de planta, de investigadores y becarios de Conicet y Secyt, el CIJS reúne una masa crítica de investigadores del derecho y las ciencias sociales que permitieron su aprobación como Unidad Ejecutora de Conicet.

A los tradicionales programas y seminarios que llevan adelante una intensa actividad desde hace años, como el seminario de “Método de casos” del Dr. Andrés Rossetti; el “Programa de Ética y Teoría Política” del Dr. Hugo Seleme; y los proyectos sobre “Derecho Ambiental” de la Dra. Marta Juliá, durante 2015 deseamos resaltar, entre varias ofertas académicas, algunas novedades. Así, el programa “Principios jurídicos del derecho de familia argentino del siglo XXI, con relación al ordenamiento de las relaciones de pareja formales y no formales”, dirigido por la Dra. Elena García Cima de Esteve, cuyos resultados se vieron plasmados en un libro colectivo; el proyecto de

Responsabilidad Social Universitaria “Desafíos actuales para la construcción de desarrollo sustentable”, tarea colectiva, institucional e interdisciplinaria, impulsada por la Prof. Carla Saad; el proyecto “La actuación judicial ante la tensión público - privado”, dirigido por las Dras. Consuelo Parmigiani y María Eugenia Gómez del Río; el “Seminario Interdisciplinario de Salud Mental y Derechos Humanos”, dirigido por Natalia Monasterolo y Andrés Rossetti, que empieza a consolidarse como una referencia en su área temática; el seminario “Voluntad y consentimiento y la interdisciplina en las ciencias humanas, sociales y jurídicas”, dirigido por el Dr. Aldo Azar; un nuevo año del ciclo de presentación y difusión de investigaciones “Pensando desde el Centro”, que además sumó dos entrevistas públicas a reconocidos profesores formadores de discípulos como Carlos Lista y Marcela Aspell, en un espacio titulado “Hable Maestro”. Además se realizó por primera vez el seminario sobre “Interpretación Jurídica”, con una primera sesión titulada “Tras el canon continental” y una segunda “Tras el canon anglosajón”, dirigido por la Dra. Paula Gaido y el Dr. Federico Arena; se desarrolló el seminario-taller permanente sobre derecho ambiental “Los presupuestos mínimos ambientales, debates jurídico políticos desde su formulación hasta su implementación”, dirigido por la Dra. Marta Juliá; el “II Seminario permanente de Postgrado de Sociología Jurídica y Ciencias Sociales” coordinado por Mariana Manzo y Marisa Fassi; el workshop “Córdoba en la investigación histórica actual. Proyectos, avances, líneas de investigación”, coordinado por el Dr. Esteban Llamosas, el Dr. Alejandro Agüero y la Dra. Valentina Ayrolo; el ciclo de conferencias sobre “Medio ambiente y comercio internacional”, dirigido por la Dra. Alejandra Sticca y el Dr. Eduardo Pintore; el seminario “Fiscalidad ambiental y ética” dirigido por el Dr. Rodolfo Salassa Boix; el seminario “Crítica y Derecho: Textos centrales de la tradición *Critical legal studies* y recepciones latinoamericanas”, a cargo de la Dra. Romina Lerussi y coordinado por Hernán Bouvier y Juan Iosa; el seminario de lectura “Fundamentos del castigo de los delitos de cuello blanco”, dirigido por el Dr. José Milton Peralta; el seminario “Retorno al derecho natural y *Justice in Robes*” dirigido por Anna Richter y Lucila Fernández Alle; el seminario de discusión “Derecho y desacuerdos” dirigido por Romina Frontalini; el seminario de lectura “Political liberalism by John Rawls” dirigido por Ercilia Adén y Gonzalo Olmedo; el de “Lecturas sobre responsabilidad moral”, a cargo de Adriana Vercellone; y el seminario interdisciplinario “Curso jurídico: interpretación y producción discursivas”, dirigido por la Dra. María de las Mercedes Suárez.

Por otra parte, pasados diez años desde la publicación del Anexo Metodológico destinado a brindar unas nociones básicas sobre el diseño de proyectos de investigación para estudiantes y becarios, en 2016 hemos publicado, sobre aquella base, un nuevo texto titulado *Los procesos de elaboración y presentación de proyectos de investigación*, cuyas autoras fueron Isabel Alem de Muttoni, Marta Juliá, Carla Saad y Patricia Scarponetti, bajo la coordinación de esta última.

En 2015, el CIJS ha coeditado el libro *Derecho y pobreza. Un análisis desde el método de casos*, coordinado por Andrés Rossetti y Magdalena Álvarez; ya en 2016, la obra *Salud mental y derecho. Reflexiones en torno a un nuevo*

paradigma, coordinado por Andrés Rossetti y Natalia Monasterolo; y ha realizado el referato y coeditado la obra *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, compilado y ordenado por Guillermo Lariguét.

En el mes de agosto, en lo que ya constituye un verdadero programa de inserción de jóvenes en el CIJS, bajo la coordinación de Nicolás Olivares, Luciano Pezzano y Yésica Yornet, y con una numerosa presencia de expositores, se celebraron unas nuevas “Jornadas de Jóvenes Investigadores”. Estas, junto a las Tutorías de Investigación y las Becas de Pregrado, conforman el eje de una política destinada a estimular la investigación entre los estudiantes, y fomentar la discusión entre pares que se encuentran en etapas iniciales de sus proyectos de trabajo.

Durante el mes de octubre, conmemorando los treinta años de creación del CIJS y homenajando a los ex directores de la institución, se realizó la “Decimosexta Jornada sobre Experiencias en Investigación” y la “Decimo-primer Feria de Información sobre Becas y Subsidios para intercambio e investigación”. Divididos en tres comisiones, se presentaron un total de setenta y ocho (78) trabajos.

En lo que respecta a la infraestructura del edificio, nuevos materiales y renovación de la biblioteca, en el período se compró un nuevo cañón proyector, una nueva pizarra de acrílico para la Sala Ezio Masoni, numerosos libros para la biblioteca elegidos por los propios investigadores, se completó la carga de textos en una base de datos, y se adquirió una memoria externa para respaldo de la información institucional, todo ello solventado con el subsidio PAMEG obtenido en 2015. Con parte de ese dinero, se ha costeado también la edición del libro metodológico coordinado por la Dra. Scarponetti, mencionado en párrafos precedentes.

Para concluir esta sección de noticias institucionales, aunque ha ocurrido en el presente año 2016, queríamos felicitar calurosamente a dos investigadores muy cercanos al CIJS que han recibido el Premio Konex, cada uno en su especialidad: el Dr. Guillermo Lariguét, en el área de Ética, y la Dra. Zlata Drnas de Clément, ex directora de la institución, en el área de Derecho Procesal, Internacional y de la Integración.

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, con una trayectoria institucional ininterrumpida que le permite exponer logros en la formación de investigadores y en la consolidación de varias líneas de trabajo, se ha convertido también, debido a la constante preocupación por renovar el equipamiento y la infraestructura edilicia, en un lugar de trabajo con presencia efectiva y constante de investigadores. Esta presencia ha favorecido la interacción interdisciplinaria, plasmada en proyectos comunes y seminarios que relacionan temáticas afines. Este modo de vinculación, promovido por la Dirección, redundo en una nueva riqueza de los proyectos individuales y en prácticas científicas democráticas que permiten la ampliación de los puntos de vista, a la vez que facilitan el acceso al conocimiento a través de los seminarios. Esta es una preocupación constante de la Dirección: consolidar al CIJS como un ámbito democrático de producción, discusión y divulgación científica, al

tiempo que se vinculan sus investigaciones con la realidad jurídica y social de Córdoba y el país. No hay separación posible para la investigación realizada en la Universidad pública: pensamos para otros. El recorrido por los temas tratados en el período y por las actividades de extensión realizadas, no deja dudas sobre el compromiso social de las investigaciones. Responsabilidad social universitaria, visitas a escuelas urbano marginales, problemática de las nuevas formas de relaciones familiares, salud mental y derechos humanos, protección ambiental, delitos de cuello blanco, evaluación moral de las instituciones públicas.

Este compromiso nos obliga, como otras veces, a manifestarnos públicamente en asuntos relevantes para el derecho y la convivencia social. Algunas cuestiones que parecen coyunturales, a fuerza de repeticiones dejan de serlo y nos exigen profundizar la reflexión y volver a fijar postura. A comienzos de 2014, frente a la reiteración de casos de violencia colectiva falazmente justificados como “justicia por mano propia”, el CIJS emitió un comunicado, firmado por numerosos docentes e investigadores, que repudiaba el aval teórico a las conductas mencionadas. Dos años después, cuando estos argumentos han reaparecido con más fuerza en la agenda mediática, creemos oportuno retomar algunas palabras de aquella declaración:

“Quienes integramos el CIJS, desde tradiciones científicas diferentes, investigamos con sentido crítico y un fuerte compromiso con el Estado de Derecho y los valores democráticos. Investigar nos enseña a disentir con razones, a consensuar con argumentos y aceptar las críticas. Como investigadores, entonces, no podemos permanecer silenciosos ante las falacias que avalan la intolerancia. Hace pocos días han sucedido en el país (y se han amplificado con exceso en los medios de comunicación) una serie de delitos colectivos, peligrosamente alivianados de su gravedad por cierta terminología y justificación falaz. El ataque grupal a una persona, sin importar lo que haya hecho, no es ‘defensa propia’ ni ‘justicia por mano propia’. Es tentativa de homicidio agravado, lesiones, o en el peor de los casos, homicidio. La palabra ‘justicia’, asociada sin inocencia a estos actos, pretende esconder la barbarie, y lo que es peor, dotarla de un aval teórico. Se repite en los medios, a veces con apoyo en dudosas encuestas de opinión, un razonamiento riesgoso: ‘el Estado está ausente, no brinda seguridad, por lo tanto la gente está habilitada, en defensa propia, a castigar por su cuenta’. Sin desconocer que la discusión sobre la mejor manera de brindar seguridad a los ciudadanos es legítima y debe producirse considerando múltiples aspectos sociales, queremos ser claros y terminantes frente a los argumentos falaces que justifican o aminoran la violencia cobarde de la turba, dotándola de algún sentido reparatorio. Esa violencia colectiva, irracional y ciega, muchas veces discriminatoria, es más nociva para el tejido social que la misma delincuencia que supuestamente pretende combatir. En este sentido, es importante la atención al uso y manipulación del lenguaje. *Víctima* es tanto quien sufre un delito contra la propiedad, como aquel que es perseguido y golpeado. Dos delitos, dos víctimas”

Quienes investigamos y reflexionamos críticamente sobre el derecho no lo hacemos para disolverlo sino para fortalecerlo. Permanecer en silencio no

parece una opción válida, cuando los argumentos que justifican la falta de derecho se renuevan y hallan eco mediático y a veces académico. Como investigadores del derecho, sin excepciones de ningún tipo, a esa violencia le decimos, otra vez, “No, Nunca, De ningún modo”.

ESTEBAN F. LLAMOSAS

Director del CIJS

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN I

DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. A PROPÓSITO DEL DERECHO A LA SALUD, CON PARTICULAR REFERENCIA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD <i>Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo</i>	3
EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE DIGNO VS. EXPLOTACIÓN MINERA: EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CÓRDOBA Y UNA SENTENCIA PA- RADIGMÁTICA (“CEMINCOR Y OTRA C. SUPERIOR GOBIERNO DE LA PRO- VINCIA - ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”) <i>Esther Susana Borgarello - Carlos Alfredo Juárez Centeno - Matías Ignacio Borgia- rello</i>	23
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, INTERPRETACIÓN Y PODER CON- TRAMAYORITARIO: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA <i>LIVING CONS- TITUTION</i> Y EL DATO SOCIOLÓGICO COMO HERRAMIENTAS DE LEGITIMA- CIÓN JUDICIAL <i>Andrés M. De Gaetano</i>	39
REPUBLICANISMO, CIUDADANÍA Y ELECCIONES PRESIDENCIALES <i>Cristián Fatauros - Hugo Seleme y otros</i>	59
REFLEXIONES SOBRE LA EDUCACIÓN AMBIENTAL Y SU MARCO NORMATI- VO EN ARGENTINA Y BRASIL <i>Marta Susana Juliá - Angélica Góis Morales - María Laura Foradori</i>	67
EN DEFENSA DE UNA TEORÍA DELIBERATIVA NEOREPUBLICANA. PUNTOS Y CONTRAPUNTOS CON LA POSTURA TEÓRICA DE A. GREPPI <i>Nicolás Emanuel Olivares</i>	83
¿EL PODER JUDICIAL COMO <i>SUJETO POLÍTICO</i> ? EL PAPEL DE LA JUSTICIA EN EL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA: UNA VISIÓN DES- DE LATINOAMÉRICA <i>Matías Parmigiani</i>	101
LA JUSTIFICACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO COLECTIVO <i>Myriam Consuelo Parmigiani</i>	113
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA <i>Irma Pastor de Peirotti - María Inés Ortiz de Gallardo</i>	131

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA <i>Marcelo José Salomón - Sofía Andrea Keselman y otros</i>	151
EL SERVICIO DEL AGUA Y SANEAMIENTO EN ARGENTINA: DE LOS PATRONES DEL MODELO NEOLIBERAL AL MODELO DEL BIEN PÚBLICO <i>María Carolina Ulla</i>	165
TENENCIA DE DROGAS Y NARCOTRÁFICO EN LA CORTE SUPREMA. UNA LECTURA DESDE EL PARADIGMA DE LA COMPLEJIDAD <i>María Isabel Urquiza</i>	185
LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS DEL SISTEMA DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ <i>Ángel Esteban Villagra - María Eugenia Sequeira</i>	201

SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL, RELACIONES
INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL Y LA PROHIBICIÓN DE LA AGRESIÓN LOS ESFUERZOS DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES <i>Luciano Pezzano</i>	229
LA INTEGRACIÓN REGIONAL: INSTRUMENTO PARA EL DESARROLLO <i>Ernesto J. Rey Caro - Graciela R. Salas</i>	259
LAS RELACIONES FAMILIARES EN EL MERCOSUR DESDE UNA MIRADA ARGENTINA <i>Amalia Uriondo de Martinoli</i>	271

SECCIÓN III

DERECHO PRIVADO

INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN CONTRACTUAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - LA REGLA DEL CONTRATANTE CUIDADOSO Y PREVISOR <i>Jorge Augusto Barbará</i>	293
AHORRO Y CRÉDITO COOPERATIVOS. VICISITUDES Y VIABILIDAD <i>Roberto Fermín Bertossi</i>	313
NEGOCIOS PRELIMINARES, UNA NOVEDOSA INCLUSIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO <i>Alejandro E. Freytes</i>	327
RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR EL HECHO DAÑOSO DE SUS HIJOS EN LA TENENCIA COMPARTIDA <i>Olga Orlandi - Gabriel E. Tavip y otros</i>	341
ALCANCE DEL DERECHO DE REVERSIÓN EN EL TELETRABAJO DEPENDIENTE <i>Carla Saad - Emma Mini - Ignacio Loza Serra</i>	359

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES DE FAMILIA CONYUGALES Y CONVIVENCIALES <i>Adriana María Warde - Mónica Assandri y otros</i>	373
--	-----

SECCIÓN IV

FILOSOFÍA - SOCIOLOGÍA

UN ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE POLÍTICA Y RESPONSABILIDAD EN RONALD DWORKIN <i>Ernesto Abril</i>	391
MERODEO EN ZONA RURAL Y CONDUCTA SOSPECHOSA EN EL NUEVO CÓDIGO DE CONVIVENCIA CIUDADANA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE RONALD DWORKIN <i>Ercilia Adén</i>	411
LOS ESTATUTOS DE LIMPIEZA DE SANGRE Y EL PATRÓN COLONIAL DE PODER <i>Osvaldo Allione</i>	421
MUTACIONES NORMATIVAS EN EL CAMPO JURÍDICO ARGENTINO: SU ROL EN EL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE CAMPAÑAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO <i>Maximiliano Campana</i>	435
ANTECEDENTES PENALES Y PRÁCTICA JUDICIAL: DISPUTAS EN TORNO A LA TENSIÓN PÚBLICO/PRIVADO <i>Eugenia Gómez del Río</i>	447
PERSPECTIVAS SOBRE LA MODERNIDAD Y PAPEL DE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES EN ELLA. ARTICULACIONES ENTRE LAS OBRAS DE JÜRGEN HABERMAS Y ALAIN TOURAINE <i>Nerea Lucrecia Jodor</i>	465
LA EXPLOTACIÓN DE UNA NECESIDAD: UNA DISCUSIÓN FILOSÓFICA SOBRE SU ILICITUD PENAL <i>José Milton Peralta</i>	481
LOS DOS NIVELES DEL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL <i>Anna Richter</i>	499

SECCIÓN V

BECARIOS DE PREGRADO

NEOLIBERALISMO Y BIOPOLÍTICAS. RESISTENCIAS CARRERAS EN CÓRDOBA <i>Fidel Azarián</i>	511
LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL EN LOS PROCESOS COLECTIVOS <i>Valeria Bizarro</i>	515

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN EL CONTEXTO DE LA INSTITUCIONALIDAD REPUBLICANA EN ARGENTINA <i>Hernán Bonadeo</i>	523
LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA EN TIEMPOS DEL PRIMER PERONISMO (1943- 1955). TENSIONES, PROGRAMAS Y TEXTOS <i>María Susana Giollo</i>	527
MEDIDAS JURÍDICAS ADOPTADAS FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL CONTINENTE ANTÁRTICO <i>Viviana Trinidad Paredes</i>	531
ABSTRACTS.....	539

SECCIÓN I
DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS
DE POLÍTICAS PÚBLICAS

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. A PROPÓSITO DEL DERECHO A LA SALUD, CON PARTICULAR REFERENCIA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

*Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo***

Resumen: El presente trabajo aborda la tutela judicial efectiva del derecho a la salud. En primer lugar, se analiza el contenido y alcance del derecho a salud, desde el punto de vista constitucional y convencional. En segundo lugar, se enfoca en la tutela judicial efectiva del derecho a la salud (individual/colectiva) y, sus particulares proyecciones en el plexo consumeril. Por último, se analizan las aristas procesales del caso “Furlán y familiares vs. Argentina” resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: tutela judicial efectiva - derecho a la salud - personas con discapacidad - consumo - plazo razonable.

1. Introducción

El presente trabajo procura analizar la tutela judicial efectiva y el derecho a la salud, con especial abordaje a las personas con discapacidad.

En primer lugar, delinaremos el contenido y alcance del derecho a la salud, en el ámbito doctrinario, en el bloque de constitucionalidad federal y en el plexo consumeril.

En segundo lugar, analizaremos el derecho a la tutela judicial efectiva y su incidencia en la protección del derecho a la salud (individual / colectivo), así también como sus especiales proyecciones en las relaciones de consumo.

Finalmente, analizaremos el emblemático caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Furlán y familiares vs. Argentina”, reflexionando sobre sus diversos aportes procesales, en lo atinente al derecho a la salud de las personas con discapacidad.

2. El derecho a la salud

2.1. Denominaciones y concepto

En esta investigación utilizamos la expresión de “derecho a la salud” siguiendo la denominación que emplea la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), para identificar a este tema¹; sin embargo, esta acepción no es pacífica y entre sus otras denominaciones, ponemos de resalto que Jor-

* Recibido 06/06/2016 ~ Aprobado 22/08/2016.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Doctora Honoris Causae, UNLaR. Catedrática Cat. “A” de Teoría General del Proceso y de Derecho Proc. Civ. y Com. Profesora en la Especialización de Derecho Procesal y Doctorado UNC. Docente Investigadora Categoría 1 - Ministerio de Educación de la Nac. Par Evaluadora Internacional: CEACES Ecuador con Org. Estados Iberoamericanos - OEI - E-mail: rosaavilapaz@gmail.com.

ge Tomillo Urbina y Joaquín Cayón de las Cuevas la nominan como “*derecho y salud*” porque desde esta perspectiva la Medicina y el Derecho son disciplinas que actúan en torno a los servicios de la salud y de la justicia, por lo que “*deben concebirse en posición de permanente diálogo de modo que, si resulta innegable la progresiva juridificación de la actividad médica, no lo es menos la conveniencia del contacto interprofesional que coadyuve al mejor funcionamiento del servicio público*”².

Con respecto al *derecho a la salud*, señalamos su concepto universal que se encuentra receptado en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud³ (OMS⁴) con estos alcances: “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedades*”.

En cuanto al sistema universal de protección de derechos humanos (en adelante DD.HH.), vemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 (en adelante art.) entre otros derechos más, hace una expresa referencia a la salud y el bienestar, a la asistencia médica, a la enfermedad y a la invalidez. En este sentido Rafael Álvaro Millan Calenti sostiene que lo que se reconoce es un nivel de vida adecuado, en el cual converge lo relacionado con la salud física y mental. “*El concepto de derecho a la salud no significa en sí mismo ausencia de enfermedad, no se trata de conseguir que se vivan más años, sino que los que haya que vivir, se vivan mejor*”⁵.

Y, respecto al sistema interamericano de protección de DD.HH., tenemos la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 4º y 5º) —en adelante CADH— y el Protocolo de San Salvador⁶, Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, el cual en su art. 10.1 define al derecho a la salud “*...como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*”.

De lo expuesto, inferimos que el eje medular gira en torno al bienestar, al cual se lo visualiza en los tres planos: físico, mental y social.

Acerca de los enfoques doctrinarios, con acierto la catedrática brasilera María Celia Delduque señala que “*el derecho a la salud es un derecho huma-*

¹ CSJN, *Boletín de Jurisprudencia Derecho a la Salud*, 1ª ed., Buenos Aires, mayo de 2010, con sus actualizaciones, en sitio virtual oficial accesible: <http://old.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf> (consulta 25/04/2016).

² TOMILLO URBINA, JORGE y JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS, “La interacción entre Derecho y Salud y su proyección en los sistemas sanitarios a través de la formación interdisciplinaria”, en JORGE TOMILLO URBINA y JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS (directores), *Derecho y Salud como realidades interactivas*, UIMP-Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valdecilla Instituto de Investigación Sanitaria IDIVAL, Gobierno de España Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y Gobierno de Cantabria, Thompson Reuters Aranzadi, España, 2015, p. 52.

³ La Constitución de la OMS fue firmada en Nueva York el 22 de julio de 1946 y entró en vigencia a partir del 7 de abril de 1948.

⁴ La OMS se ocupa de dirigir y coordinar asuntos de sanidad internacional en el sistema de las Naciones Unidas, en sitio virtual oficial accesible: <http://www.who.int/about/what-we-do/es/> (consulta 17/04/2016).

⁵ MILLÁN CALENTI, RAFAEL ÁLVARO, “La economía social en el ámbito de la salud: especial referencia a las cooperativas sanitarias”, en Jorge TOMILLO URBINA y JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS (directores), *Derecho y Salud...*, ob. cit., p. 811.

⁶ Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

no fundamental, que no puede estar bajo las reglas económicas y las leyes del mercado"⁷.

En consonancia Carlos Eduardo Tambussi sostiene que *"el derecho a la salud constituye un derecho fundamental expresamente reconocido por nuestra Constitución y de íntima vinculación con el derecho a la vida y a la integridad, entendida esta como la inescindible unidad de cuerpo, mente y espíritu de una persona, ya que de vulnerarse el derecho a la salud se afecta el derecho a la vida y/o a la integridad y viceversa"*⁸.

A su vez, desde otro ángulo, Laura Clericó sostiene que el *"derecho a la salud genera tanto obligaciones de abstención (de no hacer) como obligaciones de hacer positivo"*⁹. En este horizonte, advierten Robledo, Carignani y Ortega que la *"estructura poliédrica y nodal de este derecho, su interdependencia con otros derechos y bienes públicos que integran el estatuto protectorio de la persona humana de nuestro bloque de constitucionalidad federal, su contenido expansivo y mutativo, son algunas de las variables que lo (re)definen desde una dimensión social, civil, económica y cultural"*¹⁰.

En relación a un necesario enfoque interdisciplinario del derecho a la salud, que compartimos, Augusto Mario Morello y Guillermo Morello, lo perfeñan a partir de una mirada procesal, con estos alcances: *"supone y reconoce el derecho personalísimo esencial a la vida o a vivir, cual verdadera institución jurídica, reclama una atención preferente del legislador común. Que debe reparar en la postura activa (en el doble sentido de que el habitante ejerce su derecho a la protección preventiva y a posteriori de aquélla) al acoger, inseparablemente, las cargas o deberes que el principio básico de la solidaridad le obliga al ciudadano a dar para que el techo protector sea igualitariamente compartido"*¹¹. Incluso, como otra peculiaridad más, resalta la participación plena e inteligente de la persona en lo atinente a la ejecución de políticas públicas convergentes con miras a que el sistema de salud cumpla con sus fines, alcance calidad y sea efectivo¹².

Nuestra coincidencia radica en que consideramos que el derecho a la salud *"transita por diferentes campos, uno de estos son los importantes avances registrados en la investigación médica (bioingeniería o ingeniería médica, bioderecho, bioética, etc.), otros de ellos, es su tutela constitucional y, consecuente-*

⁷ DELDUQUE, MARÍA CELIA, "El derecho a la salud en las organizaciones internacionales de las Américas", en *Derecho a la Salud - Desafíos, problemáticas y aspectos novedosos*, Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, Subsecretaría de Coordinación y Articulación Institucional, Dirección General Legal y Técnica, Ediciones Lerner SRL, Córdoba, diciembre de 2015, p. 140.

⁸ TAMBUSI, CARLOS EDUARDO, "Los derechos de los usuarios y consumidores y el derecho a la salud", GUSTAVO CAMELO y SEBASTIÁN PICASSO (directores), *Derecho Privado*, Año III, Nº 9, Derecho a la Salud, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, INFOJUS - Sistema Argentino de Información Jurídica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 219.

⁹ CLERICÓ, LAURA "Los derechos no enumerados", en DANIEL A. SABSAY (director), PABLO L. MANILI (coordinador) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª ed., Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2009, t. 1, p. 1235.

¹⁰ ROBLEDO, FEDERICO (H), AGUSTÍN CARIGNANI y JOSÉ E. ORTEGA, "Derecho a la Salud ¿Derecho social, derecho civil o derecho cultural?", en *Anais Dos III Congresso Ibero-americano de Direito Sanitário II Congresso Brasileiro de Direito Sanitário, Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario*, Red Iberoamericana de Derecho Sanitario, Brasil, 2013, vol. 2, p. 79.

¹¹ MORELLO, AUGUSTO MARIO y GUILLERMO CLAUDIO MORELLO, *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, septiembre de 2002, p. 40.

¹² Cfr. MORELLO, AUGUSTO MARIO y GUILLERMO CLAUDIO MORELLO, ob. cit., p. 40.

mente, sus reglamentaciones nacional, provincial y locales y el último es su tutela procesal. A pesar de su diversidad, todos tienen la directriz común de tutelar a la persona humana”¹³.

Lo interesante es que Morello integra a su visión de interdisciplinar, una necesaria metodología de trabajo a seguir con estas tres premisas, entre otras: a) *labor interdisciplinaria* que habilita que por diferentes vías se logre una convergencia de “*conocimientos, técnicas, enseñanzas, teorías y experiencias que deben ser ensambladas en una usina de conciliación armonizadora. Lo cual permita respetar los principios de economía, funcionalidad, eficacia, y dominio del timing*” [administración del tiempo]; b) *sensato trasvasamiento* del Derecho comparado contemporáneo, mas sin dejar de respetar “*la idiosincrasia y las necesidades, hábitos y nivel cultural del país*”. Ello, como consecuencia que tales aportes se interrelacionan y potencian entre sí porque son cada vez son más homogéneos y universales por responder a problemas similares; c) comprender que las normas jurídicas a partir de las que contienen Constituciones tienen como norte “*hoy más que nunca la tutela procesal efectiva marcadamente preventiva de los derechos que ella afirma y proclama, revalorizando, porque reconoce su invulnerabilidad, una zona de reserva*”¹⁴. En efecto, es menester que la garantía de la tutela judicial efectiva opere como coraza protectora de la persona.

Coincidimos con Quiroga Lavié que el derecho a la salud “*es un derecho multidimensional y de tendencia expansiva*”¹⁵.

Recapitulando, señalamos que el derecho a la salud es *un derecho humano fundamental, *es un derecho social e *integra los derechos personalísimos.

2.2. El derecho a la salud y la Observación General N° 14 del 2000

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General N° 14 respecto al contenido normativo del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), determina que el derecho a la salud abarca estos cuatro elementos esenciales, que se interrelacionan entre sí:

a) *Disponibilidad*. Se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, como también de programas de salud.

b) *Accesibilidad*: Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos en la jurisdicción del Estado parte. Lo cual implica: i) *no discriminación* que importa la accesibilidad de hecho y de derecho a los sectores vulnerables y marginados, (ii) *accesibilidad física*, que comprende cercanía geográficas, rampas para personas con discapacidad, agua potables, servicios sanitarios adecuados, entre otros, (iii) *accesibilidad económica* (asequibilidad), que implica que deben estar al alcance de todos y, iv) *acceso a la*

¹³ ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A., “El derecho a la salud y las aristas procesales conflictivas en base a la tutela judicial efectiva - A propósito de la duración razonable de las causas, tutelas anticipadas y declaración de inconstitucionalidad en las células madres”, en *Derecho a la Salud - Desafíos, problemáticas...*, ob. cit., p. 16.

¹⁴ MORELLO, AUGUSTO MARIO y GUILLERMO CLAUDIO MORELLO, *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud*, Librería Editora Platense, La Plata, 2002, pp. 40-41.

¹⁵ QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL A. y CENICA CELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed. actualizada por H. Quiroga Lavié, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, p. 158.

información, que abarca poder solicitar, recibir y difundir información e ideas sobre el derecho a la salud.

c) *Aceptabilidad*: Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica, al igual que de la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades y también deben ser sensibles del género y del ciclo de vida.

d) *Calidad*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde lo científico y médico y ser de buena calidad, con médicos capacitados, equipos científicamente aprobados y en buen estado, agua potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Ello sirve de orientación a los Estados para que definan medidas tendientes a poder cumplir estas “*obligaciones básicas*” que permiten garantizar un nivel mínimo esencial del derecho a la salud. Mas, tales medidas deben adoptarlas acorde a la noción de progresividad que implica la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente hacia la plena efectividad del derecho a la salud y la prohibición de adoptar medidas regresivas (la llamada prohibición de regresividad) acorde al art. 26 de la CADH¹⁶.

2.3. Conexiones con el derecho a la vida

Prosiguiendo la línea de análisis, se advierte una vinculación entre el derecho a la salud y la vida, pues la afectación de la salud puede comprometer la propia vida.

En este sentido, la CSJN ha sostenido que “...*el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está relacionado con el primero (refiriéndose al derecho a la vida) y con el principio de autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida —principio de autonomía—*”¹⁷.

Asimismo, el vínculo entre el derecho a la salud y la vida, ha sido puesto de relieve por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH— en el caso “*Vera Vera vs. Panamá*”¹⁸ y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —CIDH— en el caso “*Cuscul Pivaral*”¹⁹.

¹⁶ STEINER, CHRISTIAN y URIBE, PATRICIA (Editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos-Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, Eudeba, Argentina, 2014, p. 673.

¹⁷ CSJN, 01/06/2000, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 323:1339, Dictamen del PGN que la Corte hace suyo. En este sentido, SOLÁ, JUAN VICENTE, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 383.

¹⁸ En este sentido, sostuvo que “*Los derechos a la vida y a la integridad humana se hallan directamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido el art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Así, esta Corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médico adecuados cuando así se requiera*” (Corte IDH, Caso Vera Vera y otra vs. Panamá. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 19 de mayo de 2011, Serie C N° 226, en STEINER, CHRISTIAN y URIBE, PATRICIA (Editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos-Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, Eudeba, Bogotá, Colombia, 2014, p. 130).

¹⁹ Respecto al planteo de los peticionarios de invocar el art. 26 por una supuesta violación al derecho a la salud, entendió que “(...) *pese a la modelización de las obligaciones establecidas en ese*

2.4. Obligaciones internacionales

Desde otro costado, el derecho a la salud genera obligaciones y, tal como sostiene Víctor Bazán, los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado²⁰.

En particular, Rodolfo Ariza Clerici²¹ referencia que el derecho a la salud se proyecta en los siguientes planos: a) *prevención* entendida como el conjunto de obligaciones a través de las cuales se evita que la “salud sea dañada por la conducta de terceros”, o “por otros factores controlables” (vgr. controlar las epidemias, prevenir enfermedades previsibles, con campañas de vacunación, etc.); b) *asistencia médica* que abarca a las obligaciones que aseguran “la asistencia médica una vez producida la afectación de la salud”²², lo cual constituye el “derecho a la atención o asistencia médica”²³. Por ello es que el Estado (federal, provincial o municipal) debe organizar el sistema de salud (en los ámbitos públicos y privados), para lo cual también debe garantizar su funcionamiento, contando con los recursos presupuestarios necesarios para la salud del sector público, en tanto que sobre la salud del sector privado debe realizar los controles correspondientes.

3. El derecho a la salud en el bloque de constitucionalidad federal

En nuestro país, antes de la reforma de 1994 de la Constitución Nacional (en adelante CN), la CSJN sostuvo que el derecho a la vida y a la preservación de la salud²⁴ se encontraban reconocidos en los arts. 14, 14 bis, 18 y en particular en los arts. 19 y 33. Luego, a partir de la aludida reforma constitucional de 1994, se amplía y fortalece notablemente la protección del derecho a la salud que se explicita en el art. 41 (concerniente al medio ambiente), 42 (respecto a la relación de consumo y de usuarios de servicio público), 43 (referido a su tutela procesal por la vía del amparo) y 75 inciso 22 (vinculado a la jerarquía constitucional de varios instrumentos internacionales que se refieren al derecho a la salud), 75 inciso 23 (respecto a las medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato)²⁵ y, también en los tratados sin

artículo en términos de progresividad, existen al menos dos supuestos en los que el derecho a la salud es inmediatamente exigible: discriminación y peligro de vida. En el caso concreto, juzgo que ninguna de estos supuestos resultó debidamente comprobado y, en consecuencia, considero inadmisibile el caso respecto al agravio fundado en el artículo 26” (STEINER, CHRISTIAN y URIBE, PATRICIA [Editores], *Convención Americana sobre Derechos Humanos-Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, Eudeba, Argentina, 2014, p. 664).

²⁰ BAZÁN, VÍCTOR *Derecho a la Salud y justicia constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 68.

²¹ ARICÍ CLERICI, RODOLFO, “El Derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, N° 80, 2005, pp. 286-287, en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/el-derecho-a-la-salud-en-la-csjn.pdf> (consulta: 02/05/2016).

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ CSJN, 06/11/1980, “Saguir y Dib”, Fallos: 302:1284, considerandos 7 y 8, en particular.

²⁵ CLERICÓ, LAURA, ob. cit., p. 1234.

jerarquía constitucional (art.75 inc. 22) e instrumentos de “*soft law*”, de indudable valía hermenéutica.

Esta tutela del bloque de constitucionalidad abarca a nuestra Carta Magna, acorde lo hemos explicitado, a los tratados establecidos en el art. 75 inc. 22 y las leyes nacionales²⁶.

A continuación reseñamos los aludidos tratados:

- Declaración Americana de Derechos Humanos que con el título de “Derecho a la preservación de la salud y el bienestar” establece en su art. XI que “*persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permiten los recursos públicos y los de la comunidad*”. También, su art. XVI garantiza la seguridad social.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo art. 25 tutela el derecho a la salud, como ya lo hemos expresado. Si resaltamos, ahora, su concordancia con el art. 22 que garantiza el derecho de toda persona, como miembro de la sociedad, a la *seguridad social*.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos, aunque no lo consagra en forma expresa su tutela resulta en su correlación con el derecho a la vida (art. 4.1) y el derecho a la integridad personal (art. 5.1) en concordancia con el art. 26, que se complementa con el Protocolo de San Salvador.

²⁶ La tutela judicial efectiva en consonancia con el acceso a la justicia, debido proceso y defensa en juicio, garantizan la realización de la legislación de fondo. Por tanto, la tutela judicial efectiva del derecho a la salud realiza —a nivel federal— a las siguientes leyes nacionales (en adelante LN):

- LN 23.660, que enumera las entidades que quedan comprendidas en sus disposiciones como son las obras sociales sindicales correspondientes a asociaciones gremiales de trabajadores con personería gremial, obras sociales del personal de dirección y de las asociaciones profesionales de empresarios, etc.
- LN 23.661 cuyo art. 1º crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud con los alcances de un seguro social, a los efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica.
- LN 24.901 de 1997, que establece un “sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos” (art. 1º).
- LN 25.649, de 2002, sobre especialidades medicinales y que en el art. 1º prescribe que “tiene por objeto la defensa del consumidor de medicamentos y drogas farmacéuticas y su utilización como medio de diagnóstico en tecnología biomédica y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana”.
- LN 26.529 sobre “derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”. La misma fue modificada por la Ley 26.742 en relación al derecho de muerte digna y directivas anticipadas.
- LN 26.682, del año 2011, que establece el “Marco Regulatorio de Medicina Prepara”.
- Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, LN 26.994:
 - Art. 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.
 - Art. 58. Investigaciones en la salud humana.
 - Art. 59. Consentimiento informado para actos médicos en investigaciones en salud.
 - Art. 60. Directivas médicas anticipadas.
 - Art. 646. Enumeración. Inc. c) respetar el derecho del niño adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como e todo lo referente a sus derechos personalísimos.
 - Art. 1738. Indemnización comprende: pérdida o disminución del patrimonio, lucro cesante y la pérdida de la chance. Incluye la violación a su integridad personal, su salud psicológica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de la interferencia de su proyecto de vida.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 12.1 prescribe: *“El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*, disposición esta que se complementa con el ap. 2 de la misma cláusula, en referencia con *“las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho* (vgr. la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas). Todo ello se correlaciona con el art. 9º del Pacto, que reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se encuentra comprenden del art. 6.1. que tutela el derecho a la vida.
- • Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, cuyo art. 5º, inc. e, ap. iv, establece la obligación de los Estados de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y de garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, con particular referencia del goce del *“derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”*
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyas normativas tuitivas arts. 10.h, 11.2, 14.b y c y 16.e y también en el 11.1.f y e que prescribe *“el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”* y el *derecho a la seguridad social*; y el art. 12.1 al imponer a los Estados parte la adopción de *“todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”*
- Convención sobre los derechos del niño se caracteriza porque tiene normativas protectorias tal como el art. 24 cuyo inc. 1 dispone: *“el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”*. Vale citar de modo no taxativo a los arts. 3º, 4º, 25 a 27 y 32 y 39.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la cual se le otorga jerarquía constitucional acorde Ley Nacional 27.044²⁷, cuyo art. 25 asegura la salud acorde a la citada Observación General N° 14, cuyo punto 26 dispone que se debe velar —tanto en el sector de la salud pública como en los establecimientos privados—, para que se brinde el servicio de salud, cumpliendo el principio de no discriminación a las personas con discapacidad. Como también su art. 26 tutela la habilitación y la rehabilitación²⁸.

²⁷ Ley Nacional 27.044, sancionada el 19/11/2014, promulgada el 11/12/2014 y publicada en el B.O. 22/12/2014.

²⁸ Consejo Económico Social, Naciones Unidas, E/C.12/2000/4 aprobada el 11/08/2000, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Observación General N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 PIDESC)” en el sitio de ONU en http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs-grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14 (consulta 17/04/2016).

Lo interesante de estos instrumentos es que resumen el conjunto de obligaciones asumidas por el Estado, cuyos alcances y aplicaciones tienen la supervisión de los órganos internacionales que son los que efectúan la interpretación y aplicación de estos derechos como son el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Corte IDH. Otra nota más para resaltar, es que la interpretación se realiza en base al principio *pro homine* a fin de que se opte por la norma más amplia para la protección de los derechos y a la par que se aplique la norma más estricta cuando se trate de restricciones a los mismos²⁹.

Bien vale también mencionar a otros instrumentos que tienen una directa vinculación, como:

- La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con discapacidad de 1999 fue aprobada por la Argentina a través de la LN 25.280 y entró en vigor desde el 14 de septiembre de 2001.
- El Protocolo de San Salvador, adicional a la CADH aprobado por LN 24.658 de 1996.

4. El derecho de la salud en el plexo consumeril argentino

El derecho a la salud se encuentra reconocido en el art. 42 CN que regula las relaciones de consumo. La nota singular es que el derecho a la salud continúa siendo un derecho de ejercicio individual, mas cuando se trate de vínculos de consumo se transforma y pasa a ubicarse como un derecho de incidencia colectiva. Lo que ocurre, según lo expresa Néstor Cafferatta, es que el derecho ambiental tiene una directa relación con el derecho a la salud porque el entorno (vgr. residuos patológicos, clínicos, entre otros) actúa condicionando a la salud. Por tanto, la lesión puede darse en la salud de la persona o de la colectividad³⁰.

A su vez, en este ámbito, Morello propicia que la interpretación del art. 42 se efectúe en forma amplia acorde a los tratados del art. 75 inc. 22 CN dado que el derecho a la salud, al igual los demás derechos fundamentales y sus garantías *“están sometidos a un intenso proceso de reformulación, a mayores y a diversas direcciones que apuntan a lo preventivo, lo urgente, y sobre todo, a que se resguarden mediante técnicas instrumentales que provean de tutela efectiva”*³¹.

En esta línea, a nivel subconstitucional, el plexo consumeril se conforma —centralmente— con la LN 24.240 (con las reformas de las LN 24.568, 24.787, 24.999, 26.361, 26.993 y 27.265), normativa integrada con las leyes 25.156 de Defensa de la Competencia y la LN 22.802 de Lealtad comercial, con las disposiciones en el Código Civil y Comercial de la Nación, LN 26.994 (en adelante CCyCN)³² y con la LN 26.519 sobre derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud con las modificaciones de la LN 26.742.

²⁹ TAMBUSSI, CARLOS EDUARDO, ob. cit., p. 218.

³⁰ CAFFERATA, NÉSTOR A. “Derecho a la salud y derecho ambiental” en SEGUNDO V. LINARES QUINTANA (director emérito), CARLOS S. FAYT y GREGORIO BADENI (directores), *Derecho Constitucional. Doctrinas esenciales 1936-2008*, Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 2008, Tº II p. 547.

³¹ MORELLO, AUGUSTO MARIO y GUILLERMO CLAUDIO MORELLO, ob. cit., p. 80.

³² Puntualmente, en el caso los pacientes del derecho a la salud tienen su régimen especial con la Ley del Pacientes LN 26.529, con las modificaciones LN 26.742.

5. La tutela judicial efectiva y sus proyecciones procesales en el derecho a la salud (individual y colectiva)

Habiendo delineado el derecho a la salud, pasamos a ocuparnos de su inescindible relación con la tutela judicial efectiva (CADH, arts. 8° y 25; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8°; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2° punto 3).

Al respecto, según Rosales Cuello y Marino, “*Toda ‘tutela’ por definición, conlleva una protección, un resguardo o una defensa que incluye a todos los medios o facultades integrantes del haz de herramientas que brinda el derecho para asegurar y posibilitar su eficacia; y esa tutela es ‘judicial’ en la medida en que es brindada por organismos jurisdiccionales. Pero esa protección debe cumplir un recaudo fundamental. La tutela ha de ser además, y muy especialmente, de tipo ‘efectiva’, lo que significa que el proceso —o cualquiera de las otras herramientas de las que se valga el Estado— no debe reducirse a un moderno esquema normativo y un sólido sustento teórico que le de fundamento, sino que en la práctica —y a través de la aplicación diaria en los órganos jurisdiccionales— deben producir resultados útiles, concretos y perceptibles, que afecten la vida de los ciudadanos y satisfaga las legítimas expectativas que éstos tienen sobre su rendimiento*”³³.

De lo expuesto, inferimos que la tutela judicial efectiva se proyecta en cualquier proceso judicial, como así también en cualquiera de sus etapas, ya sean las necesarias (traba de la litis, prueba, discusión y sentencia) como ya sean las eventuales (impugnaciones procesales y de ejecución de sentencia). En este sentido, resaltamos que la aludida garantía judicial no opera sola y de manera unilateral, sino que requiere de las demás garantías judiciales (debido proceso, derecho al recurso, duración razonable de las causas, defensa en juicio, acceso a la justicia, igualdad, etc.), las cuales en su conjunto realizan al proceso judicial, el que a su vez, constituye el presupuesto necesario para que esta garantía de tutela judicial efectiva, se pueda aplicar en su praxis y en cada caso concreto.

Cabe poner de relieve que, en los últimos años³⁴, los reclamos de salud se han ampliado y multiplicado, toda vez que no sólo se concibe a la salud en la óptica de ser equivalente a la calidad de vida³⁵, sino que también, se advier-

³³ ROSALES CUELLO, RAMIRO y MARTINO, TOMÁS, “Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?”, Diario La Ley de fecha 16 de septiembre de 2014, también disponible en La Ley online: AR/DOC/3211/2014. En este sentido, Sergio J. Barberio y Juan A. Constantino sostienen que la tutela judicial efectiva en su real dimensión es “*la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley. Significa la prevalencia del fin sobre la forma, el contenido sobre el continente, de forma que prime siempre el principio ‘pro actione’*” (BARBERIO, SERGIO J. y COSTANTINO, JUAN A., “Principios del proceso civil” en XXVIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, República Argentina 8, 9 y 10 de junio de 2011, UNL, AADP y Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Talleres Gráficos de la Imprenta Lux S.A., Santa Fe, 2011, p. 35).

³⁴ Tal circunstancia se desprende por la recopilación y sistematización por nuestro Tribunal Cime-ro (CSJN) sobre el derecho a la salud en uno de sus Boletines temáticos. En esta línea, puede consultarse la página oficial de la CSJN, <http://www.csjn.gov.ar/boletines.html> (consulta 25/04/2016).

³⁵ ROBLEDO, FEDERICO (h), “Judicialización “La nueva enfermedad de la salud-Análisis y desafíos de su tutela constitucional a través del bioamparo”, en *Derecho a la Salud - Desafíos, problemáticas...*, ob. cit., p. 99.

ten nuevos órganos ante los cuales puede plantearse los reclamos³⁶, sumado a nuevas vías procesales (vgr. amparo colectivo, acciones de clase, medidas auto-satisfactivas, tutela anticipada, etc.)³⁷.

En lo que refiere a la tutela colectiva del derecho a la salud, se advierte que puede utilizarse, principalmente, la vía procesal del amparo colectivo (art. 43 segundo párrafo), o de las acciones de clase³⁸.

De todos modos, cabe precisar que se trata de un área temática cuyos contornos todavía no está definida, aunque se viene trabajando en eventos académicos nacionales e internacionales.

Por un lado, en el ámbito local, ya en la década del '80, del XV^o Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Córdoba en 1989, surge como recomendación que se brinde tutela a las acciones colectivas, como medio de protección de los intereses difusos³⁹. Asimismo, en el XXIII^o Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Mendoza en 2005, se han profundizado más estas líneas de trabajo y se las amplió en apoyo de que se dicte en el orden nacional la regulación legal del amparo colectivo. Incluso, en el XXVIII^o Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Jujuy en 2015, se ha ocupado de la tutela de los usuarios y consumidores.

En cuanto al ámbito internacional, pueden destacarse las XVIII^o Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Montevideo, 16/08/2002), evento en el que se aprobó —en general— el *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi⁴⁰. Luego, el citado Anteproyecto fue derivado a una Comisión Revisora que hizo diferentes propuestas, las cuales —una vez votadas y aprobadas— constituyen la segunda versión del mencionado Anteproyecto⁴¹, material que constituye una valiosa herramienta a la hora de que los países de Iberoamérica legislen sobre los procesos colectivos⁴². Un párrafo aparte merece destacar la

³⁶ En este sentido, se ejemplifica con "(...) el nacimiento de las Oficinas Administrativas de la Defensa al Consumidor y Asociaciones civiles de Consumidores, que proveen información y asesoramiento técnico para actuar frente al conflicto. Asimismo, la consolidación de la figura del Defensor del Pueblo en la C.A.B.A., el que además de legitimación procesal cuenta con un sistema interno de arbitraje y conciliación" (ROBLEDO, FEDERICO (h), "Judicialización. La nueva enfermedad de la salud - Análisis y desafíos de su tutela constitucional a través del bioamparo", en *Derecho a la Salud - Desafíos, problemáticas...*, ob. cit. p. 92).

³⁷ ROBLEDO, FEDERICO (h), "Judicialización "La nueva enfermedad de la salud-Análisis y desafíos de su tutela constitucional a través del bioamparo", en *Derecho a la Salud - Desafíos, problemáticas...*, ob. cit. p. 92.

³⁸ CSJN, Fallos: 332:111, "Halabi" (24/02/2009) y; P.361.XLIII, "PADEC" (21/08/2013), entre muchos otros. En este sentido, calificada doctrina ha puesto de resalto lo colectivo en la tutela la salud, cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Lo nuevo y lo viejo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003", LA LEY, 2003-C, 157.

³⁹ QUIROZ FERNÁNDEZ, JUAN CARLOS, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones, I al XIX^o Congreso Nacional 1939-1997, Revista de Derecho Procesal*, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores (en adelante Rubinzal Culzoni), Santa Fe, 1999, pp. 215-216.

⁴⁰ PELLEGRINI, ADA, KAZUO WATANABE y GIDI, ANTONIO, "Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica", en *Revista de Derecho Procesal*, 2004-1, Demanda y reconvencción (1^a parte), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 455-464.

⁴¹ GIDI, ANTONIO, "Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de Derecho Civil" en *Revista de Derecho Procesal*, 2004-2, Demanda y reconvencción (2^a parte), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 429-447.

⁴² FALCÓN, ENRIQUE M., "Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Nota preliminar", en *Revista de Derecho Procesal*, 2004-2, Demanda y reconvencción (segunda parte), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 449.

I Conferencia Internacional de Procesos Colectivos desarrolladas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2012.

6. La tutela judicial efectiva y sus proyecciones procesales en el derecho a la salud de los consumidores (usuarios)

Complementando lo explicitado en el apartado que antecede, la tutela judicial efectiva se proyecta, muy especialmente en las relaciones de consumo⁴³, en estos diversos planos:

- Interpretación a favor del consumidor: *“...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”* (art. 3° de la LN 24.240, modificada por LN 26.361); principio hermenéutico aplicable en la interpretación de normas y del contrato de consumo (arts. 1094 y 1095 CCyCN).
- Trámite más abreviado: *“...En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado...”* (art. 53 de la LN 24.240, modificada por LN 26.361).

Así pues, corresponde imprimir el trámite más abreviado, esto es el juicio sumarísimo —a nivel nacional—. Al respecto, cabe señalar que tal dispositivo permite, no obstante, que el juez, a pedido de parte y en función de la “complejidad” de la causa, opte por un trámite más amplio, como sería el juicio ordinario⁴⁴.

- Oportunidad en el ofrecimiento de la prueba: debe destacarse que este dispositivo legal, incide también —en determinados ordenamientos procesales— en la oportunidad del ofrecimiento de prueba, tal lo que sucede con la Provincia de Córdoba. Por ejemplo, si se trata de un juicio ordinario (art. 417 Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba en adelante CPCC Cba. - Ley Provincial —LP— 8465), toda la prueba —salvo la confesional y documental— se ofrece en el período probatorio (art. 212 CPCC Cba. —LP 8465—, mientras que si se trata de un juicio abreviado (art. 418 CPCC Cba. —LP 8465—), toda la prueba —salvo la confesional y documental— *“...deberá ofrecerse con la demanda bajo pena de caducidad”* (art. 507 CPCC Cba. - LP 8465).

Es importante señalar que, en el marco específico de la relación de consumo de los usuarios como pacientes del derecho a la salud, en lo

⁴³ De acuerdo a las particulares circunstancias del caso concreto, será preciso analizar las disposiciones contenidas en las leyes 24.240, 26.361 y, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1092, así también como el Anexo II, punto 3.1.

⁴⁴ Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que *“...en los casos en que la ley 26.361 —prima facie— aunque requerida por las partes, no agote el diferendo resulta prudente inclinarse por el trámite ordinario. Por un lado porque el sumarísimo es un proceso de excepción, pero además por cuanto, ante la duda a que da lugar una demanda que contiene pretensiones diversas o fundadas en una pluralidad de normas, es aconsejable estar al trámite que mejor asegure un amplio marco de debate y prueba aún en desmedro de la celeridad que el plenario rápido no siempre garantiza”* (CNCiv., sala E, 27/12/2012, “Garibotti, José Elías c. Concesionaria Vial del Sur s/ daños y perjuicios”, La Ley online: AR/JUR/72983/2012).

atinente a las *pruebas necesarias* en las causas sobre derecho a la salud, vale mencionar, principalmente: a) El *“consentimiento informado”*, cuyo principal destinatario es el paciente y ello puede extenderse a su grupo familiar. A los fines de su acreditación judicial la praxis médica lo realiza habitualmente por escrito, aunque también según las circunstancias se puede otorgar en forma verbal. Su valor probatorio radica en que a través del mismo se tiende a dar real eficacia a los derechos de los pacientes (art. 59 del CCyCN). b) La *historia clínica del paciente*, que consiste en un documento obligatorio, cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud (arts. 12 a 21 LN 26.529).

- Deber de colaboración en la aportación de prueba: *“...Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio...”* (art. 53 de la LN 24.240, modificada por LN 26.361).
- Beneficio de Justicia Gratuita: *“Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”* (art. 53 de la LN 24.240, modificada por LN 26.361). Sobre este punto el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (en adelante TSJ de Cba.) ha resuelto que *“...son las provincias las que tienen competencia exclusiva para legislar en la materia tributarias no delegadas, siendo inaplicable el beneficio previsto en el art. 53 ley 24.240”*⁴⁵.
- Intervención del Ministerio Público: *“...cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley”*. Este aspecto deviene de importancia superlativa, toda vez que la falta de intervención del Ministerio Público -en esta materia- provoca, como regla, la nulidad de la resolución judicial⁴⁶. Ahora bien, la falta de intervención del Ministerio Público, en primera instancia, se subsana con la participación en segunda instancia⁴⁷.

⁴⁵ TSJ Cba., sala Civ. y Com., Auto Interlocutorio N° 405, 10/12/2012, “Banco Central de la República Argentina c. Appugliese, Miguelina y otros - Ejecución Hipotecaria - Recurso de Apelación - Recurso Directo (Expte. B-29-11)”; criterio seguido con posterioridad, TSJ Cba., sala Civ. y Com., A.I. N° 09, 18/02/2013, “First Trust of New York National Association c. Rojas del Giorgio de Alfei Norma Mabel - Ejecución Hipotecaria - Recurso Directo - (Expte. F-18-12)”.

⁴⁶ Dentro de este orden de ideas, la sala Civil y Comercial del TSJ Cba. sostuvo que *“...al haberse omitido notificar la sentencia de primer grado al Ministerio Público Fiscal y no haberle dado intervención en la Alzada, se ha inobservado una normativa que atañe de manera directa al orden público acarreado la nulidad del pronunciamiento recaído en el sub iudice...”* (21/07/2003, “Jiménez Tomás c. Citibank N.A. y otra - Ordinario - Recurso Directo [‘J’ 05/01]”).

⁴⁷ Al respecto, la CCiv.y Com. 2ª Nom. de Cba., sostuvo que: *“Coincido con el dictamen del Señor Fiscal de Cámaras cuando expresa que la aplicabilidad o no del plexo indicado y la consecuente posibilidad de calificar el vínculo que une a las partes de la litis como ‘relación de consumo’, es una cuestión que bajo ningún punto de vista depende de la eventual invocación que aquéllas efectúen de las normas tutelares referidas. Y, fundamentalmente, que en el subexámine se observa que la comparecencia del representante del Ministerio Público en la segunda instancia ofrece la posibilidad de control y vigilancia del proceso en su absoluta extensión, puede afirmarse sin hesitación alguna que su convocatoria y consiguiente presencia, es susceptible de corregir y enmendar la ausencia de citación anterior en que se incurrió; y que de allí que pretender la nulidad de la sentencia con basamento*

7. Las personas con discapacidad: Jurisprudencia de la Corte IDH, a propósito del caso “Furlán y familiares vs. Argentina”

7.1. El caso

En el ámbito interamericano, la Corte IDH en el “Caso Furlán y familiares vs. Argentina”⁴⁸, condenó al Estado por violación en perjuicio de Sebastián Furlán, entre otros de (i): plazo razonable en un proceso civil por daños; (ii) los derechos a la protección judicial y; (iii) a la propiedad privada; (iv) incumpliendo la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y; (v) el derecho a la integridad personal. Paralelamente, el Tribunal lo consideró internacionalmente responsable por la violación del derecho a la integridad personal y el derecho de acceso a la justicia de los familiares de Sebastián Furlán, concretamente, su padre, madre, hermano y hermana.

Dado que la Corte IDH se pronuncia sobre diversos tópicos de elevado interés, nos centraremos: (i) en el derecho a la salud de las personas con discapacidad; (ii) en su protección judicial, pues el Defensor de Menores e Incapaces no tuvo intervención y; (iii) en la garantía de duración razonable de las causas.

7.2. Derecho a la salud de personas con discapacidad

El caso “Furlán”⁴⁹ es una causa civil de daños y perjuicios y aun cuando la Corte no lo señala en forma expresa, subyace una importante cuestión vinculada al derecho a la salud de un niño, el cual *a posteriori* es un adulto con discapacidad.

En referencia a los Derechos de los niños y niñas y las personas con discapacidad (124) la Corte IDH, respecto de las alegaciones sobre las violaciones de los derechos de esta Convención, analiza las presuntas violaciones en el marco de: (i) del corpus internacional de protección de los derechos de los niños y niñas (125 y 126), y (ii) los estándares internacionales sobre la protección y garantías de las personas con discapacidad.

En cuanto a las violaciones en las cuales se encuentra involucrado un niño o niña, la Corte IDH sostiene que: “*son titulares de derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección*” (art. 19), las cuales se deben definir en cada caso concreto. Complementariamente, señala que la adopción de estas medidas especiales protección

en el vicio de la falta de requerimiento de la opinión del Fiscal en los términos del artículo 52 de la L.C.D. cuando aquél tiene todavía —aunque en la alzada— la oportunidad de expedirse, resultaría —cuanto menos— un rigorismo formal excesivo (sentencia de fecha 03/03/2009, “León Fernando Luis c. Juan y Carlos Mastromarino S.R.L. - Ordinario - Daños y Perj. - Accidentes de tránsito - Otras causas de remisión”, n° 594508/36).

⁴⁸ Corte IDH, 31/08/2012, “Caso Furlán y familiares vs. Argentina, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, n° 246, en sitio virtual: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf (consulta 17/04/2016).

⁴⁹ La Corte IDH conoce el caso de Sebastián Furlán, quien el 21 de diciembre de 1988, a los 14 años de edad sufrió un accidente al ingresar a un próximo a su domicilio de propiedad del Ejército Argentino. Este predio no estaba alambrado y el menor de edad mientras jugaba intentó colgarse de un travesaño, lo que llevó a que la pieza de aproximadamente 45 o 50 kilogramos de peso cayera sobre él, golpeándole con fuerza la cabeza y ocasionándole pérdida instantánea del conocimiento. El accidente implicó una serie de consecuencias físicas y mentales para Sebastián Furlán (párrs. 72 a 77).

del niño les corresponden indistintamente al Estado, familia, comunidad y sociedad a la que él pertenece.

En este sentido, la Corte IDH expresa:

(...) toda decisión estatal, social o familiar su norte es tomar en cuenta el “interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen en la materia”. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (párr. 126).

En tanto, que respecto a las violaciones a las *personas con discapacidad*, la Corte IDH realizó un importante análisis de los instrumentos internacionales específicos sobre las personas con discapacidad, que propician el modelo social de discapacidad.

En este sentido, destacamos la Corte IDH hizo alusión a la CADH sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, citando el art. 25, con arreglo al cual se reconoce el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad y, correlativamente, la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación. Asimismo, hizo mención del art. 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en referencia con las medidas que deben adoptar los Estados acerca de los niños y niñas con discapacidad.

La sentencia, aplica el “*modelo social de la discapacidad*”, el cual les garantiza a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos y su plena participación en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Al respecto, la Corte observa que en las mencionadas convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o de barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas” (párr. 133).

(...) toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclu-

sión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras” (párr. 134).

7.3. Protección Judicial

En lo que respecta a una de las violaciones a la “Protección Judicial” la Corte IDH planteó que no se respetó el “*derecho a ser oído*” de Sebastián Furlán, a lo cual se adiciona que “tampoco tuvo debida intervención el asesor de menores e incapaces”, a pesar que en el derecho interno sí se regula esta intervención legal y necesaria (párr. 269).

En este sentido, señalamos que el Asesor de Menores e Incapaces debió ejercer la representación promiscua del menor Sebastián Furlán con sus función de asistencia y control y de manera conjunta con la representación legal necesaria que detentaban los padres del aludido menor. Máxime que esta función como la omisión de su cumplimiento se encuentran legisladas en el derecho privado⁵⁰.

Como dato útil reseñamos que ante la Corte IDH, Sebastián Furlán sí fue representado por la defensora Pública Oficial argentina María Fernanda López Puleio y por el defensor de Uruguay Andrés Mariño, quienes actuaron como Defensores Públicos Interamericanos⁵¹.

En nuestra opinión, esta violación a la protección judicial por la falta de intervención del asesor de menores implica también una vulneración al acceso a la justicia, toda vez que no se le aseguró una igualdad de situaciones para que hiciera valer sus derechos. Por cierto este trato desigual implica una discriminación. Máxime si se tiene presente que las personas con discapacidad por su propia vulnerabilidad deben tener un *acceso a la justicia con un trato adecuado*⁵². Por otra parte, el acceso a la justicia, que es un derecho humano fundamental e inalienable se integra con la tutela judicial efectiva (juicio justo o debido proceso). De ahí, que a raíz de esta particular situación producida en el pleito tramitado en nuestro país, en la cual se conjugaron estos tres elementos entrelazados: niñez, discapacidad y pobreza (párr. 127), concluimos sosteniendo que sí se configuró una grave vulneración de ambas garantías: la tutela judicial efectiva y el acceso de justicia de trato adecuado para las personas con discapacidad⁵³, dentro de las cuales el niño víctima, que entonces era Sebastián Furlán resulta encuadrado con total pertinencia.

⁵⁰ CCyCN, arts. 24, 33, 35 y 103 que comparativamente se corresponden con el art. 59 del anterior Código Civil derogado de Dalmacio Vélez Sarsfield. Véase también la LN 26.061 que crea la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 47).

⁵¹ Véase <http://www.lanacion.com.ar/1520212-la-corte-interamericana-condeno-a-la-argentina-por-violar-los-derechos-de-un-discapacitado> (consulta 23/03/2016).

⁵² Por aplicación del art. 13 incs. 1 y 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la cual se le otorgó jerarquía constitucional a través de la LN 27.044, sanc. 19/11/2014, B.O. 22/12/2014.

⁵³ El Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad - Propuestas para un trato adecuado, Colección Documentos de Política N° 2, Área Justicia, euro Social, Programa para la cohesión social en América Latina, que conforma un importante complemento con la directriz de la CDPD que manda que se garantice el adecuado acceso a la justicia de las personas con discapacidad y la capacitación del personal judicial y auxiliar de la administración de justicia, disponible en sitio virtual: <http://eurosocial-ii.eu/es/showbiblioteca/707> (consulta 30/04/2016). En este sentido, la CSJN por Acordada N° 10/2006 inciso 1, dispone: “Que los organismos jurisdiccionales y dependencias del Poder Judicial deberán arbitrar los recaudos necesarios para brindar adecuada atención a las partes y a los profesionales con discapacidad adoptándose medidas tendientes a compensar las

7.4. Plazo razonable⁵⁴

El derecho a la tutela efectiva y la duración razonable de las causas viene siendo objeto de un profuso análisis jurisprudencial y doctrinario de la Corte IDH.

A su vez, en el estado actual de evaluación la Corte IDH sostiene que para determinar el plazo razonable se tienen que seguir los siguientes indicadores: 1) La complejidad de la causa; 2) la actividad procesal del interesado; 3) la conducta de las autoridades judiciales actuación de las autoridades judiciales; c) la complejidad de la causa y 4) afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes, es decir la situación jurídica⁵⁵.

Entrando al análisis de estos indicadores, ello lo vamos a realizar en base al Caso “Furlán”, el cual duró más de doce años.

Respecto a los indicadores señalados, efectuamos estos planteamientos: 1) En la *complejidad de la causa*, la Corte IDH tiene en cuenta la pluralidad de los sujetos, las dificultades probatorias, la cantidad de víctimas, y las peculiaridades del recurso que afecten su eficacia. Pues bien, en el Caso “Furlán” no se cumple este indicador porque solo se investigó un accidente y aunque sí se produjeron pericias, ello no justifica la demora producida.

2) En la *actividad procesal del interesado*, la Corte IDH verifica si la víctima con su conducta procesal vulneró el plazo razonable. Concretamente, en el Caso “Furlán” este indicador no se cumplió, porque por un lado, el Estado argentino le atribuyó al actor haber demorado cinco años en determinar a quién dirigía su demanda, mientras que por el otro lado, el demandante pidió tres veces que se corriera el traslado de la demanda, instó la presentación de los dictámenes de las pericias médicas y tres veces pidió que se dicte sentencia⁵⁶.

3) En la *conducta de las autoridades judiciales*, la Corte IDH constata *si se evitó la paralización del proceso, *si los jueces no cumplieron sus deberes judiciales, *si no usaron sus facultades instructorias y ordenatorias (arts. 34 y 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), *si no le confirió despacho preferente por tratarse de una persona con discapacidad, *si no se respetaron los plazos para dictar sentencia ni tampoco actuó con diligencia, *si no procuró que los plazos procesales se cumplieran. En este sentido, en el voto concurrente del Juez Sergio Ramírez García se sostiene:

desventaja e inconvenientes que ella les genera (por ejemplo, facilitar la atención adecuada en cada Mesa de Entradas por parte de empleados asignados a tal fin, brindar comodidad suficiente, en la medida de lo posible, para la consulta de expedientes, etc.)”.

En forma concordante también corresponde de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, disponible en sitio virtual: <http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf> (consulta 30/04/2016). Con más la Acordada 5/2009 de la CSJN, a través de la cual la Corte encuentra adecuado adherir a las Reglas indicadas, debiendo ellas ser seguidas —en cuanto resulte procedente— como guía en los asuntos a que se refieren.

⁵⁴ Sobre el tópico en cuestión, nos ocupamos con anterioridad: ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE, *Revista Jurídica Thomson Reuters*, Año II, N° 59, 17 de febrero de 2014, Lima, Perú, pp. 15-28.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en sitio virtual: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf(consulta 30/04/2016).

⁵⁶ SAGÜÉS, PEDRO NÉSTOR, “El debido proceso y el repliegue del principio dispositivo”, Abeledo Perrot AP/DOC/27/2013, SJA 31/02/2013, JA, 2013-1, p. 2.

El exceso de trabajo no puede justificar la inobservancia del plazo razonable; que no es una ecuación entre volumen de litigios y número de tribunales, sino una referencia individual para el caso concreto⁵⁷.

Ahora bien, respecto al caso “Furlán” el Estado argentino no logró demostrar que la demora de más de doce años de esta causa, no sea atribuible a la conducta de sus autoridades judiciales (párr.190).

4) Finalmente, respecto al cuarto elemento a tener en cuenta en el plazo razonable, como es la *afectación actual que el procedimiento implica para la situación jurídica*, en el referido voto concurrente el Juez Sergio Ramírez García entiende:

Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo —“plazo razonable”— se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota⁵⁸.

En referencia al caso “Furlán”, entendemos que si se acreditó en forma relevante el indicador de afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, a raíz que al presente su incapacidad es irreversible porque al retrasarse la indemnización que necesitaba, no recibió los tratamientos que le hubieran podido brindar una mejor calidad de vida (párr. 203).

7.5. La ejecución de sentencia y la duración razonable de la causa

En el proceso civil, la regla es que la etapa de ejecución de sentencia, debe integrarse para el cómputo del plazo razonable.

La Corte IDH en el Caso “Furlán” sostuvo:

“..En ese orden de ideas, esta Corte considera que el lapso correspondiente a la etapa de ejecución de la sentencia judicial con el fin de realizar efectivamente el cobro de la indemnización, en el presente caso, hace parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable” (párr. 151).

En esta misma óptica, Pedro Néstor Sagüés sostiene que la Corte IDH sigue los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que *“los procedimientos de ejecución deben ser considerados como una segunda etapa de los procedimientos”* (párr. 150 de “Furlán”). En consecuencia, la Corte IDH señala que a los fines del art. 8° de la CADH el plazo razonable se satisface con el cómputo que debe hacerse desde que se inicia el proceso hasta que el mismo cumpla su finalidad, lo cual ocurre cuando se la sentencia se cumple a través de la etapa de ejecución de sentencia. Vale subrayar que en el caso “Furlán” *“la etapa de cumplimiento demoró aquí más de un año y nueve meses”*⁵⁹.

8. Conclusiones

Nuestras conclusiones son las siguientes:

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 7.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 9.

⁵⁹ SAGÜÉS, PEDRO NÉSTOR, “El debido proceso y el repliegue del principio dispositivo”, Abeledo Perrot AP/DOC/27/2013, SJA 31/02/2013, JA, 2013-1, p. 2.

- El derecho a la salud es un derecho humano fundamental, es un derecho social e integra los derechos personalísimos de ejercicio individual, más también tiene una faz colectiva como derecho de incidencia colectiva (arts. 42 y 43 CN).
- El derecho a la salud genera obligaciones internacionales de suministrar el más alto nivel de salud posible que permita vivir dignamente, de un modo progresivo y no regresivo.
- La tutela judicial efectiva se manifiesta en todas las etapas y actos del proceso judicial, para la protección del derecho a la salud —tanto de goce individual como de derecho de incidencia colectiva—, mediante las vías del amparo, amparo colectivo o amparo especiales, principalmente.
- La tutela judicial efectiva presenta especiales proyecciones procesales en las relaciones de consumo, tales como: (i) la interpretación más favorable al consumidor; (ii) el trámite aplicable; (iii) la oportunidad para el ofrecimiento de la prueba; (iv) el deber de colaboración en la aportación de la prueba; (v) el beneficio de gratuidad y; (vi) la intervención del Ministerio Público.
- La tutela judicial efectiva tiene una directa aplicación en las causas sobre derecho a la salud, resultando algunas de sus proyecciones procesales acorde a los arts. 8° y 25 de la CADH las atinentes a la protección judicial y al plazo razonable de la causa. A su vez, el lapso temporal de la etapa de ejecución de sentencia también debe incluirse en el cómputo total de la duración razonable de un pleito (se debe hacer desde su inicio y hasta que el proceso cumpla su finalidad a través del cumplimiento total de la sentencia mediante la etapa de ejecución de sentencia).
- La tutela judicial efectiva del derecho a la salud de las personas con discapacidad converge con la garantía del acceso a la justicia con un trato adecuado en el marco del debido proceso y defensa en juicio con sus derivaciones plasmadas en las demás garantías judiciales.



EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE DIGNO VS. EXPLOTACIÓN MINERA: EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CÓRDOBA Y UNA SENTENCIA PARADIGMÁTICA (“CEMINCOR Y OTRA C. SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA - ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”)*

*Esther Susana Borgarello** - Carlos Alfredo Juárez Centeno*** - Matías Ignacio Borgarello*****

Resumen: El Código de Minería en su reforma de 1995 contempla en consonancia a la Carta Magna nacional la preservación del medio ambiente. A su vez, la legislación de la provincia de Córdoba prohíbe la actividad minera metalífera cuando se realiza “a cielo abierto”. El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba el 11 de agosto de 2015, en la causa: “Cemincor y Otra c. Superior Gobierno de la Provincia - Acción declarativa de inconstitucionalidad”, señaló la plena constitucionalidad de la ley provincial 9526, la cual prohíbe la actividad minera metalífera cuando se realice bajo la modalidad “a cielo abierto” o si para ello se utilizan sustancias como el cianuro, el mercurio y otras calificadas como peligrosas. El máximo tribunal de la provincia de Córdoba argumentó que las restricciones establecidas son razonables si se tiene en cuenta que “el ambiente constituye un bien colectivo supremo”, que debe ser preservado. Rechaza de este modo el pedido de inconstitucionalidad planteado por la Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba (Cemincor) y la Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear (APCNEAN).

Palabras clave: medioambiente y explotación minera - salud y medio ambiente.

Introducción

La explotación minera produce significativos impactos ambientales, que perduran en el tiempo y en el paisaje terrestre e implican alteración del suelo, la vegetación y los ríos de la zona. Debemos destacar que en términos ambientales y sociales, ninguna actividad industrial es más devastadora que la minería superficial, esto es la “a cielo abierto”. El otro tipo de minería es de carácter subterráneo, es decir por debajo de la superficie de la tierra, realizándose túneles, pozos, cámaras y galerías. El primer tipo de minería enunciada produce un impacto ambiental mucho mayor que las subterráneas. Por un lado, aumenta la producción de residuos y, por otro, la capa superficial natural que permanecía intacta con la extracción bajo tierra queda alterada irreversiblemente, los acuíferos y los cursos de agua próximos pueden resultar afectados, poniendo en peligro la fauna y flora del lugar. La mayor parte de los problemas derivados de la actividad minera persisten durante largos períodos de tiempo con la problemática que las minas a cielo abierto alteran de tal forma el entorno natural que no es posible recuperarlo en su completitud por lo que muchas veces se transforman en vertederos urbanos.

* Recibido 05/05/2016. Aprobado 14/09/2016.

** Borgarello, Esther Susana, Profesora titular regular de Derecho de la Información. Facultad. de Derecho y Cs. Ss.

*** Juárez Centeno, Carlos Alfredo, Profesor titular regular del CEA-UNC y Director de la Maestría en Relaciones Internacionales CEA —UNC—.

**** Borgarello, Matías Ignacio, adscripto de la Cátedra de Derecho de la Información.

Es así que cuando observamos la actividad minera global es difícil aceptar que ha habido algún tipo de beneficio que compense la obvia pérdida de capital natural. Recordemos que poco después del descubrimiento de América, Europa se abalanza vorazmente sobre la producción de oro y plata que implicaban las “Indias Occidentales” y que desde España en sus afanes de gloria y expansión sin inversión, drenaban a los grandes financistas europeos. Aun hoy Potosí, en Bolivia, sigue produciendo; al igual que en nuestro territorio en los finales del siglo pasado y lo que va del presente, vuelve a ponerse de moda Famatina y con ella otras como la Alumbra que implican trabajo pero ¿a costa de qué? De desiertos, y aguas contaminadas.

En las últimas décadas del siglo XX comienza a pergeñarse un nuevo concepto, el de desarrollo sustentable. Y así a nivel internacional, en el año 1987, este concepto de “desarrollo sustentable” cobra un sentido fundamental para la vida en nuestro planeta y tiene como objeto evitar un proceso de degradación irreversible¹, y se define como “aquel que satisface las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. El desarrollo sustentable junto al reconocimiento del derecho a un ambiente sano que se incorpora al nuevo art. 41 de nuestra Constitución Nacional, tras la Reforma de 1994, reflejan la importancia que el constituyente dió a la problemática al introducir estas cuestiones en la parte dogmática de la Carta Magna.

La legislación sancionada por el Congreso de la Nación con la posterior promulgación del Ejecutivo y su consecuente publicación, se encargó de reglamentarlo y así se encuentra en vigor —a nivel nacional— la Ley General del Ambiente N° 25.675. Resulta apropiado destacar los conceptos vertidos por la Dra. Beatriz S. Krom, que señala que si bien expresamente la ley 24.585 —incluida en el Código de Minería exclusivamente para este sector— no se la define como una ley de presupuestos mínimos, es así considerada por una parte de la doctrina² como tal en cuanto establece las condiciones de base a respetar por la actividad minera en todo el territorio de la Nación³. Es decir que fija un piso pero no un techo respecto a las condicionalidades para la explotación de este sector de la economía.

Esta es la primera ley ambiental aplicada a un sector específico de la economía nacional para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, así como la preservación y protección de la diversidad biológica buscando la implementación del desarrollo sustentable. Si bien a partir de ese momento se sancionaron numerosas leyes de protección al ambiente y la salud humana, las mismas son de menor relevancia, ya que la Ley General de Ambiente 25.675, tiene una visión integradora como política pública en este sentido a nivel nacional. Esta última, desarrollando el régimen ambiental para toda actividad —incluso la minera— que en forma significativa sea susceptible de degradar el ambiente o la calidad de vida de la población, ha contemplado en sus arts. 11 a 13 como exigencia previa a su ejecución, el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹ Ver www.citma.gva.es/.../COMISIÓN+MUNDIAL+SOBRE...DESARROLLO/.

² Entre ellos la Dra. Zlata Drnas de Clément, miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

³ Profesora titular de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, “Comisión Minería a Cielo Abierto”, en PDF. Ver www.exactas.uba.ar.

A nivel provincial, como resultado de la necesidad de proteger y a su vez crear un equilibrio entre el derecho a la salud minera frente a la explotación de minerales, nace la ley 9526 y que es también resultado de la última reforma constitucional nacional como del proceso reformativo que la provincia de Córdoba había llevado a cabo ya en 1987.

Ahora bien, avanzado el inicio del siglo veintiuno, todavía falta una concientización en general de las personas como individualidades sobre la necesidad de un desarrollo sustentable. Las problemáticas ambientales se plantean generalmente desde lo local o regional. Y sólo se producen cuando los afectados por una situación puntual, se movilizan y obligan a la actuación de los poderes del Estado, como es el caso de la sentencia de la justicia de Córdoba —fallo bajo análisis de esta investigación—.

Historia del proceso: nace la ley 9526

Con la reforma constitucional de Córdoba de 1987 —y modificada en 2001—, se inicia en nuestra provincia el proceso de reconocimiento constitucional específico al derecho de incidencia colectiva a un ambiente sano y así se establece en el título: “Recursos naturales y medio ambiente” y el art. 11 expresa que: *“El Estado Provincial resguarda el equilibrio ecológico, protege el medio ambiente y preserva los recursos naturales”*⁴.

Y en el Capítulo III sobre Ecología y específicamente Medio ambiente y calidad de vida se señala, en el art. 66:

- Toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, a la conservación de los recursos naturales y culturales y a los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y la preservación de la flora y la fauna.

El agua, el suelo y el aire como elementos vitales para el hombre, son materia de especial protección en la Provincia.

El Estado Provincial protege el medio ambiente, preserva los recursos naturales ordenando su uso y explotación, y resguarda el equilibrio del sistema ecológico, sin discriminación de individuos o regiones.

Para ello, dicta normas que aseguren:

1.- La eficacia de los principios de armonía de los ecosistemas y la integración, diversidad, mantenimiento y recuperación de recursos.

2.- La compatibilidad de la programación física, económica y social de la Provincia, con la preservación y mejoramiento del ambiente.

3.- Una distribución equilibrada de la urbanización en el territorio.

*4.- La asignación prioritaria de medios suficientes para la elevación de la calidad de vida en los asentamientos humanos.*⁵

Y en materia de recursos naturales su art. 68 —dentro del capítulo 4°— plantea:

El Estado Provincial defiende los recursos naturales renovables y no renovables, en base a su aprovechamiento racional e integral, que preserve el patrimonio arqueológico, paisajístico y la protección del medio ambiente.

⁴ Ver [http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/\(vLeyesxNro\)/CP00?OpenDocument](http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/(vLeyesxNro)/CP00?OpenDocument).

⁵ Ídem.

La tierra es un bien permanente de producción; la ley garantiza su preservación y recuperación, procura evitar la pérdida de fertilidad, la erosión y regula el empleo de las tecnologías de aplicación.

Las aguas que sean de dominio público y su aprovechamiento, están sujetas al interés general. El Estado reglamenta su uso racional y adopta las medidas conducentes para evitar su contaminación.

El Estado Provincial resguarda la supervivencia y conservación de los bosques, promueve su explotación racional y correcto aprovechamiento, propende al desarrollo y mejora de las especies y a su reposición mediante forestación y la reforestación que salvaguarde la estabilidad ecológica.

Los yacimientos de sustancias minerales y fósiles son bienes exclusivos, inalienables e imprescriptibles de la Provincia; su explotación debe ser preservada en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

El Estado Provincial reconoce la potestad del Gobierno Federal en el dictado de la política minera; fomenta la prospección, exploración y beneficio de las sustancias minerales del territorio, realiza el inventario de sus recursos y dicta leyes de protección de este patrimonio con el objeto de evitar el prematuro agotamiento de su explotación y su utilización irracional⁶.

En la puesta en marcha de estos conceptos constitucionales, en setiembre de 2008, se elabora por el Gobierno Provincial una legislación en materia de desarrollo sustentable frente a las explotaciones mineras que es aprobada por la Legislatura en setiembre de 2008 como ley 9526, la cual dispone en su articulado las siguientes prohibiciones y consideraciones:

1º) *Prohíbese en todo el territorio de la Provincia de Córdoba la actividad minera metalífera en la modalidad a cielo abierto y en todas sus etapas, constituidas por cateo, prospección, exploración, explotación, desarrollo, preparación, extracción y almacenamiento de sustancias minerales. En el artículo 2º) Prohíbese en todo el territorio de la Provincia de Córdoba la actividad minera, en todas sus etapas, de minerales nucleares tales como el uranio y el torio. Dicha prohibición regirá, asimismo, para las minas actualmente concedidas las que deberán proceder al cierre. Por el artículo 3º) Prohíbese en todo el territorio de la Provincia de Córdoba el uso de cianuro, cianuro de sodio, bromuro de sodio, yoduro de sodio, mercurio, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, ácido fluorhídrico, ácido nítrico y toda otra sustancia química contaminante, tóxica y/o peligrosa incluida en el Anexo I de la Ley Nacional N° 24.051, y/o que posea alguna de las características enunciadas en el Anexo II de la Ley Nacional N° 24.051 y normas concordantes o las que en el futuro las reemplacen, en los procesos mineros de prospección, cateo, exploración, explotación, desarrollo, preparación, extracción, almacenamiento, industrialización y/o procesos detallados en el inciso "b" del artículo 249 del Código de Minería, de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo, cualquiera sea el lugar de la Provincia en el que éstos se desarrollen. Y en el artículo 4º) señala que "Los titulares de concesiones y/o de derechos mineros que involucren minerales metalíferos y/o aquellas personas que los ejerciten, deberán adecuar todos sus procesos a las previsiones de los artículos 1º y 3º de la presente Ley en el término de seis (6) meses a partir de la publicación de la misma, bajo apercibimiento de declarar la caducidad de la concesión minera. Finalmente*

⁶ Ídem.

por el artículo 5º faculta “al Poder Ejecutivo Provincial a adecuar las disposiciones reglamentarias vigentes a lo establecido por la presente Ley”⁷.

Cuestionamientos a la ley provincial: su constitucionalidad

Los representantes de la Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba (Cemincor) y de la Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear (APCNEAN) plantean una acción declarativa de inconstitucionalidad de la ley provincial supra mencionada. Así se origina el caso “Cemincor y Otra c. Superior Gobierno de la Provincia - Acción declarativa de inconstitucionalidad”⁸ —Expte. n° 1798036 iniciado el 4 de mayo de 2009—.

La causa específicamente es deducida por Hugo Apfelbaum y Juan Carlos Maiztegui en su carácter de Presidente y Secretario, respectivamente, de CEMINCOR (Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba); y Rafael A. Vaggione, quien comparece por APCNEAN (Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear) en contra del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba solicitando se declare la inconstitucionalidad de la ley 9526. La argumentación esgrimida por los actores en el expediente es que la ley es “*flagrantemente inconstitucional ya que viola el sistema de propiedad y dominio minero como así también las formas de disposición del Estado sobre las minas.*” Consideran “que el sistema de dominio del Código de Minería y de la Constitución Nacional no permite al Estado Provincial adoptar esta medida, ya que dichas facultades han sido expresamente delegadas por las provincias a la Nación a través de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional” y que “*el Código de Minería implica una política de estado de permanencia y no puede la Provincia de Córdoba prohibir la actividad minera.*” Y que es “*inconstitucional utilizar una denominación no legal como prohibición de las sustancias llamándolas metalíferas, ya que incluyen numerosos minerales que están comprendidos en la primera, segunda y tercera categoría, en el sistema de división de minas*” y fundamentan que “*la Constitución Nacional dispuso que la Nación dictara el Código de Minería, lo que encierra un poder completo delegado por las provincias a la Nación*” (...), señalando dicho código “*que comprende la determinación de las categorías de las minas respetando el dominio originario de la Nación o de las provincias según el lugar donde se encuentren; el establecimiento de las condiciones legales de disposición de los recursos mineros y el proceso para permitir la exploración y las condiciones legales bajo las cuales será permitida su explotación; la regulación de las demás relaciones de derecho público y privado que son consecuencia de la exploraciones y de las explotaciones de las minas; regla las condiciones de protección ambiental y de sistemas de trabajo y las actuaciones que corresponden a las provincias por ser autoridades mineras creadas por el Código de Fondo. ...De ello derivan que las provincias ejercen solamente las competencias de autoridad minera por delegación del Código de Minería y no por otra razón; y que la prohibición de la explotación está fuera de las*

⁷ Ver texto en <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/23619c5913d7be780325723400641e5e?OpenDocument>.

⁸ Ver texto en <http://www.infojus.gov.ar/cordoba-confirman-constitucionalidad-ley-prohibe-mineria-cielo-abierto-provincia-nv12381-2015-08-11/123456789-0abc-183-21ti-lpssedadevon>.

competencias de la Provincia y debe hacerse por medio de la potestad delegada al Estado Nacional. Sostienen que *“los principios delegados a la legislación nacional y que la Ley n° 9526 viola, son: el del dominio originario del Estado Provincial de las sustancias minerales; el del debido proceso sustancial (sistema regalista); el sistema de clasificación de sustancias; el de utilidad pública no sometida a frontera provincial”*. Argumentan que la legislación provincial *“trata como un dominio público al dominio minero, lo que vulnera el Código de Minería y por ende la delegación legislativa realizada; y que se ha creado un nuevo sistema que es el dominial o de dominio público, no el originario que está establecido en aquél”*⁹.

Consideran *“que el artículo 1 de la Ley n° 9526 prohíbe la actividad minera metalífera, mientras el Código de Minería la clasifica por categorías en virtud de las potestades expresamente delegadas por las provincias a la Nación en virtud del artículo 126 de la Constitución Nacional y que por tanto, dicha clasificación no puede ser realizada por la Provincia”*¹⁰.

En materia radioactiva sostienen que *“el artículo 2° de la Ley n° 9526 que prohíbe en todo el territorio de la Provincia de Córdoba la actividad minera en todas sus etapas de minerales nucleares tales como el uranio y el torio, implica una expropiación ilegal, es decir una confiscación.”*

Por otra parte sostienen —y sabemos que no es así por la contaminación de ríos en San Juan—¹¹ *“que los emprendimientos mineros promueven un uso responsable del agua y prevén recuperar como mínimo un cincuenta por ciento de las aguas, utilizando sistemas de circuitos cerrados”*.

Y es ante las críticas de estos sectores ligados a la explotación de la minería, en junio de 2010, que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba integrado por los señores vocales doctores Domingo Juan Sesin, Aída Lucía Teresa Tarditti, María de las Mercedes Blanc de Arabel, Carlos Francisco García Allocco, Silvia B. Palacio de Caeiro, Silvana María Chiapero y Mario Raúl Lescano, se avoca a estudiar si esta ley supra mencionada era o no constitucional. Mediante Auto número Treinta de fecha dieciocho de mayo de dos mil diez este Tribunal Superior de Justicia admite la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada y cita y emplaza a la demandada Provincia de Córdoba la que expresa que la demanda carece de la virtualidad preventiva ya que fue interpuesta superados los seis meses desde que la ley 9526 comenzó a regir y que no hay en Córdoba ningún emprendimiento minero en actividad que pudiera estar comprendido por la ley, por tanto no están comprometidos bajo ningún punto de vista los intereses de los asociados a CEMINCOR o APCNEAN.

Señala que bajo ningún punto de vista pretende legislar el fondo de la materia minera y avanzar sobre materia delegada al gobierno nacional, sino regular tal actividad en el territorio provincial teniendo en consideración la protección del ambiente.

El primer cuestionamiento a resolver por el Máximo Tribunal fue: *“¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta?”*, a lo que por unanimidad responden *“que el principio de legalidad comporta un axioma de derecho*

⁹ Ver texto en <http://www.infojus.gob.ar/cordoba-confirman-constitucionalidad-ley-prohibe-mineria-cielo-abierto-provincia-nv12381-2015-08-11/123456789-0abc-183-21ti-lpsstedevon>.

¹⁰ Ídem.

¹¹ El derrame de cianuro de setiembre de 2015 en la mina de la empresa Barrick Gold, provocó la contaminación de cinco ríos de la región.

*en virtud del cual la norma emitida por una jerarquía piramidal superior prevalece respecto de la norma inferior generada como consecuencia de la aplicación de aquél". Destaca que "Son los jueces, entonces, quienes tienen la atribución-deber de analizar la conformación positiva o negativa de la norma aplicable a la luz de la Constitución. [y]Encontrándonos en el supuesto del artículo 165, inciso 1, apartado 'a' de la Constitución Provincial y habiendo este Tribunal Superior de Justicia admitido formalmente la acción declarativa de inconstitucionalidad, le corresponde realizar una intelección de los enunciados de la Ley n° 9526, a los fines de determinar la pertinencia o no de las censuras endilgadas a la misma"*¹².

Resuelta esta primera cuestión el Superior Tribunal se avoca a la ley cuestionada y los interrogantes que plantea el caso. Y son dos: "1) *la prohibición de la minería metalífera bajo la modalidad 'a cielo abierto' en la Provincia de Córdoba; y 2) la prohibición del uso, para todas las etapas de la actividad minera nuclear relativas al uranio y al torio, de sustancias tóxicas tales como el cianuro, el ácido sulfúrico, el ácido nítrico y cualquier otra contaminante, tóxica y/o peligrosa contenida en el Anexo I de la Ley Nacional n° 24.051 y/o que posea algunas de las características enunciadas en el Anexo II de la mentada ley nacional. La ley cuestionada dispone la prohibición de un método o técnica utilizada en la minería metalífera a gran escala denominado 'a cielo abierto,' y que se concreta sobre la superficie del terreno*"¹³.

El Alto Tribunal explica que "En la actualidad, la minería metalífera a cielo abierto generalmente utiliza el método de lixiviación mediante la aplicación de una sustancia química —que puede ser cianuro, mercurio u otras tales como ácido sulfúrico, que se maneja en la extracción de uranio— mezclada con agua para la separación de los metales del resto de los minerales que los contienen. Por ello, recurren generalmente a embalses o represas para el almacenamiento de los productos residuales denominados diques de cola". Con cita del geólogo Seara se señala que "la minería a cielo abierto de sustancias metalíferas, los volúmenes de materiales, uso del agua y niveles de contaminación son extraordinarios, mientras que en la no metalífera son comparativamente más pequeños y con un impacto ambiental mucho menor a lo largo del tiempo"¹⁴.

Aclarados estos conceptos se pregunta: ¿la Provincia de Córdoba tiene competencia para dictar la ley 9526 en el marco del régimen federal? Y en caso de afirmarse, ¿es constitucional la ley?

En relación a lo primero sostiene que con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, el reparto de competencias que realiza la Constitución Nacional respecto a la tutela del ambiente tiene matices y características propias y significó un importante avance en la definición de la regla federal ambiental que regiría la materia a partir de entonces en nuestro país. La Nación asume el compromiso de dictar el marco legal encargado de fijar a lo largo de todo el territorio nacional, sin distinción de competencias, el régimen jurídico de presupuestos mínimos en materia ambiental, para que todos gocen un derecho ambiental común y la ley nacional 25.675 constituye una ley marco o de presupuestos mínimos. Bien lo expresa en su artículo primero, toda vez que concede una tutela

¹² Ver texto en <http://www.infojus.gob.ar/cordoba-confirman-constitucionalidad-ley-prohibe-mineria-cielo-abierto-provincia-nv12381-2015-08-11/123456789-0abc-183-21ti-lpssedadevon>.

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional. Y así el *Código de Minería no reviste la condición de un absoluto categórico en todas las materias involucradas por dicha actividad objeto de regulación, sino sólo el principio de equiparación/unificación de los aspectos relativos a la actividad minera, que queda sujeta a las competencias ambientales provinciales.*

Se señala en el fallo que *“la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido [CSJN, Fallos: 318:992; 329:2280 y 334:1754]”* y se cita al Código de Minería, art. 233: *“...La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural en el ámbito de la actividad minera quedarán sujetas a las disposiciones de la sección segunda de este título y a las que oportunamente se establezcan en virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional”*¹⁵.

El propio Tribunal señala que provincias como Chubut, Tucumán, La Pampa, Mendoza y San Luis han dictado leyes en materia minera. Destaca el fallo “Villivar” (CSJN, 17/04/2007, Fallos: 330:1791), que dirimió la cuestión de la competencia provincial respecto de la ley minera de Chubut, *postulando la facultad que tienen las provincias de complementar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, la que supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementaria.*

Abona su argumentación en defensa del medio ambiente en la jurisprudencia y doctrina en la materia, citando al efecto entre otros a TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, “Rojo Rouviere”, sentencia n° 1 del 12/04/2005. En igual sentido Morello, Augusto M. y Sbdar, Claudia B.; “Teoría y Realidad de la Tutela Jurídica del Ambiente”, La Ley, 2007-F, 821; Lorenzetti, Ricardo Luis, “Protección jurídica del ambiente”, La Ley, 1997-E, 1463.

Aprecia que el Código de Minería y la ley 9526 *tienen ámbitos diferentes de abordaje de la minería, y por tanto, están llamados a actuar en planos diferentes referidos a ésta. Como se observa de los considerandos precedentes, se trata de dos categorías de normas diferentes. Una responde al artículo 75, inciso 12, y la otra al artículo 41, ambos de la Constitución Nacional*¹⁶.

Enfáticamente señala que *“el régimen de tutela ambiental en torno a la actividad minera es establecido en un complejo entramado de normas, constituido por el Código Minero, las leyes de presupuestos mínimos y las normas complementarias locales, tales como la Ley n° 9526. Así, la actividad minera está sujeta a dichos diferentes órdenes normativos”*.

Y concluye citando a Arturo M. Bas: *“en el gobierno federal los centros de autoridad tienen un campo diferente de acción, se armonizan y balancean sin menoscabarse”*¹⁷. Por lo que no cabe dudas que la ley entra dentro de la competencia provincial.

Pasa luego a realizar el escrutinio de razonabilidad de la normativa objetada que surge claramente de las previsiones contenidas en el art. 28 de la Constitución Nacional. Y en este sentido el Tribunal señala que *“Una restricción es vá-*

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem.

lida sólo cuando hay un motivo u objetivo que la justifique, siempre que éste tenga por finalidad la satisfacción de una exigencia del bien común”, destacando que en relación a esta ley de la provincia “No cabe duda alguna que el fin explícitamente perseguido por el legislador encuadra en la noción de bien común, especialmente teniendo en cuenta las particularidades geográficas y climatológicas de la provincia de Córdoba”¹⁸.

En el fallo se destacan los informes de la Universidad Nacional de Córdoba, entre otros, para señalar las graves consecuencias ambientales de la minería a cielo abierto y del uso de sustancias de alta toxicidad. También sostiene que la doctrina “*expone entre los posibles efectos de impacto ambiental causado por la minería a cielo abierto, los siguientes: a) Afectación de la superficie, b) Afectación del entorno en general, c) Contaminación del aire, d) Afectación de las aguas superficiales, e) Afectación de las aguas subterráneas o freáticas, f) Afectación de los Suelos, g) Impacto sobre la flora, h) Impacto sobre la fauna, i) Impacto sobre las poblaciones, j) Impacto en el microclima, k) Impacto escénico posterior a la explotación, entre otros.*”

Señala en una larga lista de jurisprudencia en el Derecho Comparado, de ejemplos precisos de las consecuencias de la explotación minera. Así, entre otros, se ocupa de citar: Summitville, Colorado/USA 1993; Harmony Mine, Sudáfrica 1994; Manila, Filipinas 1995; Omai, Guayana 1995; Homestake Mine South Dakota, USA 1996; Gold Quarry Mine Nevada territory of Western Shoshone, USA 1997; Kumtor, Kirgistan 1998; Baia Mare, Rumania 2000. También resalta el caso de la rotura de un dique de relaves de la mina El Porco, en Potosí, Bolivia, el 28 de agosto de 1996. Asimismo, incorpora la larga lista de declaraciones de organismos internacionales en sentido que los avances tecnológicos no pueden garantizar la seguridad de las minas.

Por otra parte destaca que la columna vertebral de la ley, conforme da cuenta su exposición de motivos, se asienta en el puntal de la protección del agua. Y dice “*actualmente el agua es considerada patrimonio natural por tratarse de un bien único e irremplazable que concierne a la humanidad toda y que requiere instrumentos de protección de naturaleza jurídica. No es sólo un recurso*” sino también una herencia que hay que preservar para las futuras generaciones. Por lo que señala que “*Aquí cabe tener presente que el deber de respetar el ambiente constituye un límite objetivo, intrínseco y connatural a la libertad de las empresas*”¹⁹.

Luego de estas cuestiones pasa a valorar si la relación de medio a fin en la persecución del bien común que le ha dado justificación a la restricción de derechos objetada en la causa, es apropiada para el objetivo que se ha propuesto el legislador. Y sostiene: “*Entendemos que sobre el tópico tampoco caben dudas en cuanto a que la relación existente entre los métodos de lixiviación química y los grandes volúmenes de agua y de materiales minerales que deben ser utilizados y removidos en esta clase o categoría de explotaciones a cielo abierto, imponen su severa restricción.*”

Expresa que las restricciones impuestas son un medio adecuado para alcanzar la finalidad de bien común que las justifica, son razonables en tanto resultan proporcionadas a los fines que con ellas se procura lograr, descartando así toda posible arbitrariedad que pudiera afectarlas por cuanto “*el bien común pro-*

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ídem.

*tegido por la norma, esto es el agua y el ambiente entre otros, resulta un objetivo prioritario de resguardo por parte de la sociedad en tanto conforma su hábitat natural de vida y supervivencia;”... los métodos [son]prohibidos por la Ley n° 9526; por resultar imposible llevarlos delante en una forma sustentable y sin producir contaminación crítica y —en algunos casos— hasta irreversible”. Abona sus afirmaciones el máximo tribunal con las experiencias históricas en la provincia de Córdoba: con la mina Schlagintweit (también llamada Los Gigantes) y *Dioxitek* respecto de la minería de uranio entre otros ejemplos y que hoy sus residuos son fuente de contaminación por lo que constituye otra razón para ponderar la razonabilidad de la normativa cuestionada.*

Los derechos, entre ellos la libertad de empresa, no son absolutos sino, por el contrario, se hallan sujetos a reglamentación general y particular como se colige del art. 14 de la Constitución Nacional: “Conforme las leyes que reglamentan su ejercicio” y las empresas mineras se distinguen entre muchas otras por su intrínseca peligrosidad. No cabe duda que el objetivo del legislador provincial fue el precautorio en materia ambiental y así lo destacan los magistrados.

El Alto Tribunal rechaza el argumento relativo a “*una hipotética imposibilidad económica proyectada sobre estas categorías de explotación minera a partir de la prohibición del uso de determinadas sustancias supuestamente indispensables para las mismas, puesto que tales actividades no dependen necesaria y únicamente de las mencionadas sustancias tóxicas, dado que existirían otras alternativas de lixiviación a partir de la biotecnología*”²⁰.

Los magistrados consideran legítima la decisión legislativa de la sanción de la respectiva norma, constituyendo una opción política válida dentro de la diversidad de posibilidades que la concreción del desarrollo sostenible requiere; estando, además, dentro de la esfera de la discrecionalidad seleccionando una alternativa entre varias, igualmente válidas para el derecho.

Sus conclusiones respecto a que es constitucional la ley provincial parten y concluyen en que el ambiente constituye un bien colectivo supremo y así, conforme esta sentencia paradigmática del 11 de agosto de 2015, se pueden señalar las siguientes premisas:

1° La ley 9526 ha sido dictada dentro de las competencias propias de la Provincia de Córdoba en materia ambiental, constituyendo una norma complementaria a las nacionales en materia minera y que hace esencialmente al ejercicio del poder de policía reglamentario relativo a la cuestión ambiental.

2° La razonabilidad de la solución legislativa contenida en la ley 9526.

3° Resulta incuestionable que la tutela ambiental debe ser esencialmente preventiva.

4° Citando a González Calderón, sentar la premisa que el federalismo permite a cada provincia arreglar la vida local en forma que consulte más provechosamente los intereses y las peculiaridades del respectivo pueblo.

Repercusiones del fallo

La noticia fue hecha pública en el diario de mayor circulación de la provincia y así, el 12 de agosto de 2015 en la edición de *La Voz del Interior*, se recalca

²⁰ Ídem.

el valor de esta sentencia, al expresar que “El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ratificó la constitucionalidad de la ley que prohíbe la actividad minera metalífera ‘a cielo abierto’ o cuando se utilicen sustancias peligrosas como cianuro o mercurio. En el fallo, la Justicia abogó por el cuidado del agua y la defensa del ambiente. Los magistrados argumentaron que las restricciones establecidas en la norma provincial son razonables si se tiene en cuenta que ‘el ambiente constituye un bien colectivo supremo, que debe ser preservado’”²¹.

Las organizaciones ambientalistas celebraron la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba de confirmar la prohibición para realizar minería metalífera a cielo abierto en la provincia, pero no así en la industria a nivel nacional, ya que implica un antecedente de una actividad que en otras provincias tiene mucha importancia por lo que este fallo es de alto impacto para la Cámara de Empresarios Mineros de Córdoba (Cemincor) y la Cámara Argentina de Empresas Mineras (Caem). Es por ello que al conocer detalles de la decisión judicial señalaron las empresas que acudirán a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el riesgo —consideran— en relación a otras provincias donde la minería es su actividad central, a diferencia de la realidad económica y productiva de nuestra provincia.

Importancia del fallo

Luego de todo lo explicitado, entendemos que en esta sentencia —un *leading case* sin lugar a dudas— el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ)²² estableció la plena constitucionalidad de la ley 9526, en tanto y en cuanto prohíbe la actividad minera metalífera cuando se realiza bajo la modalidad “a cielo abierto” o cuando para ello se utilicen sustancias como el cianuro, el mercurio y otras calificadas como peligrosas. El máximo tribunal provincial estableció que las restricciones establecidas en la legislación son razonables si se tiene en cuenta que “el ambiente constituye un bien colectivo supremo”, que debe ser preservado. Asimismo, rechazó de forma contundente la acción declarativa de inconstitucionalidad que habían planteado los representantes de la Cámara Empresaria Minera de la Provincia de Córdoba (Cemincor) y de la Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear (APCNEAN). En la sentencia se establece que la ley 9526 fue dictada “dentro de las competencias propias de la provincia de Córdoba en materia ambiental”, por lo que es “una norma complementaria a las nacionales en materia minera y que hace esencialmente al ejercicio del poder de policía reglamentario relativo a la cuestión ambiental”²³. Los magistrados resaltan que la norma tiene por fin “amparar un uso razonable del agua y mantener en niveles aceptables los efectos contaminantes de determinadas y puntuales actividades, prácticas y procesos mineros, para lo cual ha tenido en cuenta muy especialmente que el método de lixiviación química resulta inaceptable desde la perspectiva ambiental contemporánea”²⁴, método

²¹ Ver *La Voz*, 12/08/2015, www.lavoz.com.ar/.

²² Ver causa: “Cemincor y Otra c. Superior Gobierno de la Provincia - Acción declarativa de inconstitucionalidad”, 11 de agosto de 2015. <http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/indexDetalle.aspx?enc=ohd3DSWESOJPeuZguZfjB8A==>.

²³ Ver texto en <http://www.infojus.gob.ar/cordoba-confirman-constitucionalidad-ley-prohibe-mineria-cielo-abierto-provincia-nv12381-2015-08-11/123456789-0abc-183-21ti-lpsseedevon>.

²⁴ Ídem.

empleado por lo general en la “minería a cielo abierto”, y que emplea sustancia cianuro, mercurio u otras, como ácido sulfúrico en la extracción de uranio), mezclándolo con agua, para la separación de los metales del resto, y por ello se hacen represas para el almacenamiento de los residuos que se conocen como “diques de cola”. Se destaca que la ley provincial 9625 tiene como interés fundamental y prioritario la protección del agua, considerada “patrimonio natural por tratarse de un bien único e irremplazable que concierne a la humanidad toda y que requiere instrumentos de protección de naturaleza jurídica” llamando la atención en que “los niveles de consumo de agua son altísimos con este método extractivo (‘a cielo abierto’)”.

Se resaltó la Resolución del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba que señala la comprobación empírica que “la actividad minera que se desarrolla a ‘cielo abierto’, con utilización de procedimientos químicos, daña severamente el ambiente y en consecuencia a los seres humanos”.

Los magistrados destacan que ni la actividad minera en sí misma ha sido prohibida, ni el derecho minero obtenido mediante concesión se extingue por ella. Sólo se limita en función de normas tuitivas del ambiente saludable en resguardo del hábitat natural para la vida y la supervivencia.

Evolución jurisprudencial posterior al *leading case* del TSJ de la Provincia de Córdoba

Recientemente, en esta línea de protección al medio ambiente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo”²⁵ hace lugar a los recursos de queja deducidos por el Fiscal General de Tucumán, Gustavo Gómez, y por Felipa Cruz (una vecina de Andalgalá, Catamarca), y dejó sin efecto una sentencia de la Cámara Federal tucumana, que rechazaba una medida cautelar que impidiera la actividad de la actividad minera en la localidad catamarqueña. La Corte Suprema el 2 de marzo de 2016²⁶ volvió a reiterar que los estudios medioambientales son trascendentales para el curso de las causas judiciales sobre la megaminería y dejó sin efecto la sentencia que había rechazado la acción en autos “Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo”.

Aquí los vecinos argumentan que la construcción afectaba su derecho a un medio ambiente sano, ya que en el enclave del proyecto se encuentran las fuentes de numerosos cursos de agua que irrigan los territorios más bajos, y que aportan su caudal para la supervivencia de la ciudad de Andalgalá y de los pueblos cercanos, así como para las actividades agrícolas que se desarrollan en la región. Además, la explotación prevería utilizar aguas subterráneas, “de modo que tanto el uso de este tipo de aguas como el de las superficiales se verán afectadas, ya sea por el empleo de un volumen masivo de agua para la explotación como por la generación de desechos contaminantes, lixiviados y posibles filtraciones”.

La Universidad Nacional de Tucumán en un “Análisis del informe de impacto ambiental de la Mina Agua Rica”, solicitado por la municipalidad, sostuvo que “el proyecto genera riesgo de avalanchas, derrumbes o deslizamientos que

²⁵ <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>, 16 de febrero de 2016.

²⁶ <http://www.elancasti.com.ar/u/archivos/2016/3/2/CORTE%20SUPREMA.pdf>.

pueden afectar la ciudad de Andalgalá, dado que el área de mina presenta una topografía escarpada en la cabecera de cuenca del Río Andalgalá y que hay disponibilidad de sedimentos, lluvias y posibles sismos”. Pero pese a ello la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca dictó una resolución mediante la cual se emitió la Declaración de Impacto Ambiental en forma condicionada. Lo cual es inaudito, por lo que los vecinos acuden a la justicia con un amparo pero el juez y luego la Cámara de Apelación lo rechaza porque considera que se necesita un mayor debate y pruebas. También el máximo tribunal provincial, alegando que la resolución no era una sentencia definitiva. Pero la Corte Suprema de Justicia ordenó que la justicia provincial dicte nuevo fallo, ya que es importante la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras.

Como contracara a esta protección judicial tuitiva del medio ambiente tenemos el decreto presidencial 349/2016, que justificó que las retenciones establecidas para la explotación de la minería provocaron “una situación de pérdida de competitividad frente a las restantes naciones con actividad minera” y por ese instrumento revierte el régimen de retenciones de entre 5 y 10% que gravaban la exportación de productos del sector desde marzo de 2002, otorgándosele dicho beneficio a empresas transnacionales y a una actividad con alto costo ambiental sin un requerimiento previo de ningún tipo.

Recientemente²⁷ —abril de 2016— en un amparo colectivo por la contaminación minera en San Antonio Oeste, el procurador fiscal ante la Corte, Víctor Abramovich Cosarin, opinó que es “arbitraria” una sentencia del STJ de Río Negro, que declaró mal concedido el recurso de revocatoria. “Desatendió el acceso a la justicia en un proceso colectivo que persigue la protección de los derechos a la salud y al ambiente sano”, expresando que “Al decidir de esa forma el tribunal imposibilitó la revisión de un fallo dictado en el marco de un amparo colectivo que involucra derechos fundamentales a la salud y a un ambiente sano y equilibrado por lo que le era exigible el máximo grado de prudencia en la verificación de los requisitos para la procedencia del recurso, con el riesgo de frustrar una vía procesal apta para asegurar la tutela judicial efectiva de la personas directamente afectadas por el daño ambiental”.

Se señala que los informes incorporados a la causa sobre el estado de salud de la población revelan que “en el año 2005 el 20% de los niños expuestos tenían valores de plumbemia mayores a los aceptados por la OMS, esto es, más del 10 mcg/dl”. Si bien en 2010 evidencian un descenso de esos niveles, acreditan la presencia de plomo en sangre, lo que implica que esa población continúa expuesta al efecto contaminante de los metales pesados, problemática que, según las recomendaciones del Ministerio de Salud de la provincia de Río Negro, no ce-

²⁷ Extraído de *Diario Judicial*, 6 de abril de 2016, donde además se expresa que “En el caso, la Defensora General de la provincia de Río Negro inició una acción de amparo colectivo contra la Provincia de Río Negro y el Municipio de San Antonio Oeste, a los fines de ‘resguardar el derecho de los niños, niñas y adolescentes que habitan en ese municipio a la salud y al goce de un medio ambiente sano, para lo cual requirió, entre otras medidas, que se ordene la efectiva remediación de las zonas contaminadas con plomo y otros metales pesados”. Así, la defensora solicitó se condene al municipio y a la provincia demandados a la “urgente remediación del sitio contaminado en un plazo máximo de 12 meses (plazo en el cual deberá encontrarse totalmente finalizado el proceso de remediación), con garantía de una correcta evaluación ambiental, la eliminación y/o control de las fuentes de exposición a la misma, con informe periódico de las etapas comprendidas”. Se trata de la causa “Custet Llambi, María Rita —Defensora General— s/ amparo”.

sará hasta que se logre la efectiva remediación de la zona afectada” y finalmente expresa que “la Corte Suprema enfatizó, en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, que la acción de amparo tiene por objeto la efectiva protección de los derechos vulnerados, por lo cual, en ese marco, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin”²⁸.

La doctrina, en igual sentido, destaca el deber de actuar del Estado (custodio de los bienes comunes) e incluye la obligación de: agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo sospechado antes de autorizar una actividad, como así también cubrir las seguridades básicas acordes al potencial riesgo dudoso a afrontar; asegurarse que el mejor conocimiento científico se base en elementos objetivos (vg. biológicos, químicos, físicos) ponderados por autoridad responsable no interesada en los resultados, de modo transparente²⁹.

En igual sentido nos hemos expresado, tanto en lo referido a los deberes del Estado³⁰ cuanto a la distribución de competencias que fija el artículo³¹.

A modo de reflexión final

Con la reforma de 1994 la Constitución Nacional en su art. 41 garantiza un ambiente sano, previendo la obligación que el Congreso dicte presupuestos mínimos que impliquen la realización y cumplimiento de esa garantía constitucional, siendo obligación provincial la normativa complementaria³². La Constitución de Córdoba 1987-2001 plantea la protección de los recursos naturales y el compromiso del Estado provincial a su defensa en el art. 68, planteando la preservación del patrimonio arqueológico, paisajístico y la protección del medio ambiente, comprometiendo a que dicho Estado dicte leyes de protección con el objeto de evitar el prematuro agotamiento de su explotación y su utilización irracional³³.

El Código de Minería en su reforma de 1995 contempla en consonancia a la Carta Magna nacional la preservación del medio ambiente, situación que destaca la Dra. Zlata Drnas de Clément en *Cuaderno de Derecho Ambiental*³⁴. El Código de Minería en el art. 1º plantea: “La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural, que pueda ser afectado por la actividad minera, se regirán por las disposiciones de este título”, y el 3º: “Las personas comprendidas en las actividades indicadas en el artículo 4º serán responsables de todo daño ambiental que se produzca por el incumplimiento de lo establecido en el presente título, ya sea que lo ocasionen en forma directa o por las personas que se encuentren bajo su dependencia o por parte de contratistas o subcontratistas, o que lo cause el riesgo o vicio de la cosa. El titular del derecho minero

²⁸ *Diario Judicial*, 6 de abril de 2016.

²⁹ DRNAS DE CLEMENT, ZLATA, en *Primeras Jornadas sanrafaelinas de Derecho Ambiental*, San Rafael Mendoza, 2014, p. 58.

³⁰ JUÁREZ CENTENO, CARLOS A., “Los Nuevos Derechos en la Constitución”, en HARO, RICARDO y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2011, pp. 336-337.

³¹ *Ídem*, p. 338.

³² *Ídem*, pp. 331-340.

³³ Ver [http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/\(vLeyesxNro\)/CP00?OpenDocument](http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/(vLeyesxNro)/CP00?OpenDocument).

³⁴ Ver “Regulación Internacional en materia de aguas dulces”, *Cuaderno de Derecho Ambiental*, N° 2, Academia Nacional de Derecho y Cs Ss. Instituto de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, 2010.

será solidariamente responsable, en los mismos casos, del daño que ocasionen las personas por él habilitadas para el ejercicio de tal derecho". Y el 6º: "Los responsables comprendidos en el artículo 3º de este título deberán presentar ante la autoridad de aplicación y antes del inicio de cualquier actividad especificada en el artículo 4º del presente título un Informe de Impacto Ambiental. La autoridad de aplicación podrá prestar asesoramiento a los pequeños productores para la elaboración del mismo"³⁵. Importante al respecto es destacar que en su art. 18 fija responsabilidades ante el Daño Ambiental: "Art. 18.— Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que establezcan las normas vigentes, todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo, según correspondiere"³⁶. Por otra parte la ley 24.585 —Ley Ambiental incluida en el Código de Minería exclusivamente para este sector—, establece las condiciones de base a respetar por la actividad minera en todo el territorio de la Nación, incorporando modificaciones en las condiciones técnicas de explotación teniendo en cuenta la conservación del ambiente por la actividad minera.

No hay dudas que todas son normativas teóricas pero cabe preguntarnos: ¿hay un verdadero compromiso práctico gubernamental?

El problema actual del deterioro ambiental se comprende en función de las características propias de las sociedades actuales en las que producción, consumismo y desarrollo van de la mano, como ejes nodales del capitalismo. Un capitalismo en el que la competitividad hace que las empresas busquen minimizar costos, explotando de manera intensiva y hasta descontrolada los recursos naturales siendo, por tanto, poco o nada cuidadosos con el entorno natural. Y a la par, gobiernos que se ven en la encrucijada de controlar y velar por los intereses de la mayoría, o allanarse a los intereses de grandes grupos concentrados que pueden beneficiar a los números de la economía local o nacional.

Sin dejar de lado la complejidad de intereses que se entrecruzan a nivel local, provincial, estatal y/o planetario en la temática, se observa que en pos del desarrollo económico, se hipoteca el desarrollo de las generaciones futuras contaminando y dañando gravemente el medio en el que vivimos. Se priorizan las posibilidades económicas y se olvidan las ecológicas que son las que también nos posibilitan vivir en este mundo.

Bibliografía

ABALOS, MARÍA GABRIELA; "Ambiente y Minería: Distribución de competencias en el Federalismo Argentino", Suplemento Constitucional La Ley, febrero 2011.

BARRERA BUTELER, GUILLERMO E., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2014.

DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA (Dir.), *El principio de precaución ambiental - La práctica argentina*, Lerner, Córdoba, 2008.

GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "La competencia de las provincias en material ambiental", LA LEY, 1997-E.

³⁵ Ver <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/30096/norma.htm>.

³⁶ Ídem.

HIGUERAS, P y OYARZUN R., “Curso de Minería y Medio Ambiente”, en [http://www.uclm.es/users/higueras/mam/International Institute for Environment and Development](http://www.uclm.es/users/higueras/mam/International%20Institute%20for%20Environment%20and%20Development), IIED. Web del Proyecto MMSD —minería, minerales y desarrollo sustentable—, <http://www.iiied.org/mmsd>. 2001.

JUÁREZ CENTENO, CARLOS A., “Los Nuevos Derechos en la Constitución”, en HARO, RICARDO y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2011, cap. XIII, pp. 319-348. Ver especialmente pp. 331-340.

LILLO, JAVIER, “Impactos de la minería en el medio natural”, Ed. Grupo de Estudios en Minería y Medioambiente, España. En <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-15564/Impactos%20de%20la%20miner%C3%ADa%20-%20Javier%20Lillo.pdf>.

NOVOA, MIGUEL ERNESTO y NOVOA, MARÍA GABRIELA, *Manual de Derecho Minero*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

VALLS, MARIO F., *Presupuestos Mínimos Ambientales*, Astrea, Buenos Aires, 2012.



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, INTERPRETACIÓN Y PODER CONTRAMAYORITARIO: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA *LIVING CONSTITUTION* Y EL DATO SOCIOLOGICO COMO HERRAMIENTAS DE LEGITIMACIÓN JUDICIAL*

Andrés M. De Gaetano**

Resumen: La falta de una determinación expresa en el texto constitucional acerca del sistema de control de constitucionalidad, ha permitido que el órgano judicial se adjudique jurisprudencialmente su monopolio y la consecuente definición de sus caracteres y condiciones.

No obstante su apariencia de claridad, no constituye un asunto resuelto de manera definitiva dadas las críticas que sostienen el déficit de legitimación del órgano judicial para controlar el actuar legislativo, a través del denominado *argumento contramayoritario*.

Se propone una reflexión teórica sobre la posibilidad de justificar el control de constitucionalidad judicial a través de la utilización de mecanismos interpretativos próximos a la teoría democrática deliberativa: la *living constitution* y la recurrencia al *dato sociológico* como alternativa conciliadora a la crítica contramayoritaria.

Palabras clave: control de constitucionalidad - interpretación/hermenéutica constitucional - legitimidad democrática - *living constitution* - dato sociológico.

Consideraciones introductorias

“No debemos olvidar que es una constitución lo que estamos interpretando, una constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos”¹.

El arduo debate sobre la legitimación democrática del Poder Judicial para dejar sin efecto normas y demás actos emanados de órganos estatales, esto es, el ejercicio del control de constitucionalidad; esconde tras de sí un elemento invisibilizado en el proceso de discusión: el acto interpretativo y hermenéutico.

Hacia febrero de 1803 germinaría uno de los precedentes jurisprudenciales de mayor valor e importancia para la ingeniería constitucional mundial. John Marshall, presidente de la Corte Suprema Norteamericana dejaría firme

* Recibido 23/06/2016 ~ Aprobado 05/09/2016.

** Abogado. Especialista en Abogacía del Estado - ECAE/Procuración del Tesoro de la Nación; Alumno Carrera Especialización en Procesal Constitucional (UBP), Investigador Aux.: *“La actuación judicial ante la tensión público-privado”* (SECyT), Dir. Prof. Dra. Parmigiani, C.; Prof. Dra. Gómez del Rio; y Programa “Globalización, Gobernanza, Derechos (humanos) y Bienes Públicos. CEA/ UNC. Dir: Prof. Dr. Carlos A. Juárez Centeno. Jefe de Trabajos Prácticos Historia del Pensamiento Político I y Ciencia Política (Universidad Blas Pascal). Asesor Legislativo - Honorable Cámara de Diputados de la Nación. a_degaetano@yahoo.com.ar.

¹ “Mc. Culloch v. Maryland”, 4 Wheaton, 316, 1819, en NINO, CARLOS S. *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

en el famoso caso “Marbury vs. Madison”² los principios medulares del *control de constitucionalidad*³⁴ por parte de la judicatura, que nuestro Estado ha recibido en legado casi sin ningún tipo de reserva: “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca”.

Desde ese momento, la Corte Suprema Argentina haría suya una prerrogativa que posteriormente se volvería un deber exclusivo sobre su cabeza que nunca fuere puesto en duda, y consolidado luego a través de sus sentencias. Las primigenias construcciones jurídicas de nuestra Corte en esta materia, los fallos “Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación” hacia 1887 y “Municipalidad de la Capital c. Elortondo” en 1888 reproducirían fielmente las premisas del otrora tribunal supremo norteamericano.

El texto original de nuestra Constitución Nacional, cuya acta fundacional data desde 1853 no define expresamente un sistema de control de constitucionalidad; muy por el contrario omite toda prescripción sobre el tema, cuestión que sería parcialmente subsanada a través del art. 43 que la reforma constitucional de 1994 traería consigo.

A razón de dicha omisión, la magistratura asume históricamente en nuestro país, la tarea de completar y definir este deliberado olvido del constituyente, y a posteriori, a través de su evolución jurisprudencial se adjudica una auto atribución monopólica en la tarea del control y la interpretación de las leyes; dando así nacimiento al *tradicional modelo de control de constitucionalidad argentino*⁵.

Sin embargo, la concesión del control normativo a favor de la judicatura nacional en virtud de esta omisión del texto constitucional, con más el beneplácito de la doctrina y todos los operadores jurídicos, ha permitido al órgano judicial la plena potestad sobre su diseño, quien con el pasar de los años ha ido mutando sus caracteres y condiciones.

Frente al clásico mecanismo de control de constitucionalidad, desde hace algunos años, la magistratura argentina ha profundizado el debate sobre su rigidez y alcances, derivando en un consecuente debilitamiento o flexibilidad de ese modelo original. En su lugar, la Corte Suprema de Justicia de la

² “Marbury v. Madison”, 5 U.S. 137 (1803) 5 U.S. 137 (Cranch) William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States. February Term, 1803.

³ No obstante la *ley de organización judicial* o *judiciary act* (1789) prever el control sobre las leyes a cargo del órgano judicial, el fallo en análisis propone el control de las leyes a partir de la superioridad de la Constitución (supremacía constitucional).

⁴ Hay coincidencia entre los autores que afirman la preexistencia conceptual y teórica del control de constitucionalidad a cargo de los jueces con anterioridad a este fallo a través de los escritos de El Federalista. Cfr. GARCÍA, JOSÉ. “El control de constitucionalidad en el federalista y los fundamentos de una sociedad libre”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 3, pp. 491-514 (2003), sección estudios.

⁵ El modelo de control de constitucionalidad argentino es una construcción jurisprudencial pretoriana consolidada por la doctrina y la enseñanza del derecho constitucional. Cfr. BIANCHI, ALBERTO, *Control de Constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*, t. 1, Ábaco, Buenos Aires, 1990 (reed. 2000).

Nación, aun sin decirlo de forma expresa, está llevando a cabo un proceso interpretativo de mutación y alteración de dicho instituto, conduciéndolo hacia contornos extraños para nuestro sistema judicial.

Cada uno de los caracteres históricamente definitorios del tradicional esquema norteamericano se han ido cuestionando, y *las paulatinas y graduales interpretaciones que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido brindando en el ejercicio de su rol de último y definitivo guardián en la exégesis de la Carta Magna, parecen haber dado cierta elasticidad al modelo original*⁶.

La cuestión del control de constitucionalidad en nuestro país, no obstante su apariencia de claridad, dista de ser un asunto resuelto de manera definitiva, dado fundamentalmente el déficit de legitimación democrático del órgano judicial para llevar adelante un proceso interpretativo y de control de los casos traídos a su conocimiento, a partir de lo cual deriva la sanción de inconstitucionalidad de leyes y actos estatales.

En este sentido, el proceso interpretativo resulta una exigencia natural y previa de todo pronunciamiento judicial que resuelve la coherencia y adecuación entre dos normas, siendo una de ellas, suprema y fundante del resto del ordenamiento.

Tal como será analizado, es precisamente en dicha instancia interpretativa previa donde puede desarticularse la tensión entre un control de rasgos técnicos autocráticos y los principios democráticos que sostienen los críticos del sistema de control judicial.

En los términos así propuestos, este trabajo constituye un análisis teórico y reflexivo sobre la posibilidad de justificar el control de constitucionalidad a través de la utilización de mecanismos interpretativos próximos a la teoría democrática deliberativa.

A partir de allí, explorar formas alternativas de interpretación constitucional que permitan descomprimir esta tensión/fricción entre defensores y detractores del sistema de control técnico judicial de las normas; más precisamente analizando la *interpretación de living constitution* y la recurrencia al *dato sociológico* como solución a la crítica contramayoritaria del órgano judicial y otorgar legitimidad social a sus pronunciamientos.

Conforme ello, este trabajo pretende ofrecer una mirada amplia del fenómeno del control y la hermenéutica constitucional como elementos inexorablemente ligados entre sí y susceptibles de prevalecer a las críticas democráticas a través de la definición de mecanismos interpretativos del texto constitucional que morigeren la rigidez técnica corporativista del órgano judicial, habilitando nuevas formas de justificación de su actuar conforme la dinámica democrática.

De esta manera se lograría justificar satisfactoriamente cualquier pronunciamiento judicial posible: tanto la declaración de inconstitucionalidad de una norma como así también su mantenimiento dentro del ordenamiento a través de un proceso de interpretación conciliador desde la perspectiva democrática.

⁶ ESTEVARENA, MARÍA F., "Las sentencias constitucionales y el control de constitucionalidad en Argentina. ¿Nuevo paradigma?", *Revista jurídica UCES*, Universidad de Ciencias Empresarias y Sociales, 2012, p. 121.

I.1) Control de constitucionalidad e interpretación

El control de constitucionalidad es el instrumento que otorga vigencia a la supremacía de la constitución. De ello deviene implícito el sentido de diferenciar entre *poder constituyente* y *poder constituido*, asignándole a este último la función de crear normas en correlato a lo asignado por el primero, manteniéndole en su suprema posición fundante del sistema jurídico de un Estado.

En virtud de este principio axiomático de jerarquización normativa, la Constitución es la ley suprema que preside y otorga la unidad al conjunto de normas que integran los diversos niveles del orden jurídico del Estado⁷.

En un sentido fáctico, propio de la Constitución material, significa que la Constitución es el fundamento y la base de todo el orden jurídico político de un Estado; pero desde una perspectiva formal, la Constitución como norma fundante, resulta el basamento de las demás leyes dictadas por los poderes constituidos. La supremacía constitucional supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución. Cuando esa relación de coherencia se rompe, hay un vicio o defecto denominado *inconstitucionalidad*⁸.

La cuestión del control en nuestro país, no obstante su apariencia de claridad, en virtud de la cual se le asigna a los magistrados de cualquier orden la potestad de llevar a cabo un examen interpretativo para cada caso en concreto de la adecuación de una determinada norma o acto estatal al texto supremo, dista de ser un asunto resuelto de manera definitiva.

A razón de la omisión del constituyente original de definir un mecanismo expreso para el control de las normas⁹, la magistratura asume históricamente en nuestro país, la tarea de completar dicho olvido del constituyente, y *a posteriori*, a través de su evolución jurisprudencial se adjudica una *auto atribución monopólica*¹⁰ en la tarea del control; dando nacimiento al *tradicional modelo de control de constitucionalidad* argentino.

El 24 de febrero de 1803, John Marshall, presidente de la Corte Suprema Norteamericana dejaría firme en el famoso caso “Marbury vs. Madison” los principios medulares del control de constitucionalidad por parte de los jueces, que nuestro Estado ha recibido en legado casi sin ningún tipo de reserva¹¹.

A partir de allí, resultan los precedentes jurisprudenciales nacionales desde los cuales se manifiesta el diseño pretoriano del instituto del control: “Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación” (Fallos: 32:120, 1887) y posteriormente “Municipalidad de la Capital c. Elortondo” (Fallos: 33:162, 1886).

⁷ Cfr. HARO, RICARDO, *Manual de derecho constitucional*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2011.

⁸ Cfr. BADENI, GREGORIO. *Tratado de derecho constitucional*, 7ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012.

⁹ Véase GARCÍA, JOSÉ F., “El control de constitucionalidad en el federalista y los fundamentos de una sociedad libre”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 3, pp. 491-514, 2003, Sección estudios.

¹⁰ Cfr. BIANCHI, ALBERTO, *Control de Constitucionalidad*, ob. cit.

¹¹ “En los comienzos de nuestra organización política e institucional, fue famosa la polémica entre Sarmiento y Alberdi sobre quién debía fiscalizar y resguardar a la Constitución Nacional. Las ideas campeaban entre el modelo de la Constitución Americana con obligatoriedad de seguimiento de los fallos del supremo tribunal, y el mecanismo difuso que dejaba en manos de la Corte la instancia resolutive final en instancia apelada; criterio, este último, que primó en definitiva.” ESTEVARENA, M. FLORENCIA, ob. cit.

En tal sentido refiere el segundo de estos pronunciamientos: *“es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderada, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional (...)”*¹².

De acuerdo a ello se dirá pues que el Poder Judicial como custodio y garante de la Constitución, realiza de forma continua una tarea de control de adecuación de las normas al texto constitucional, en cada uno de los niveles de competencia judicial, es decir cualquier sea el grado del magistrado actuante, con las siguientes particularidades: *sólo puede realizar dicho control ante el planteo efectuado en un caso concreto donde sea puesto en duda la coherencia de dicha norma (art. 116 CN), tal parte debe sostener un interés legítimo y efectuar su planteo de manera oportuna, en virtud de la cual el magistrado pueda determinar la invalidez de una ley por sí mismo.*

De aquí deviene la regla fundamental de nuestro sistema jurídico: el edificio de la legalidad de la actuación estatal, que deriva precisamente en la *presunción de constitucionalidad (presunción de validez)* de todos los actos emanados de los poderes públicos. Esa presunción se conservará mientras un magistrado en ejercicio de sus exclusivas facultades determine lo contrario¹³.

1.1.A) El principio de legalidad y la presunción de constitucionalidad de las leyes

Sobre esta cuestión radica la problemática que por medio del presente se intenta explorar, la atribución del órgano judicial de desacreditar, con fundamento en la Constitución, el producto deliberativo de un órgano democrático, cuya crítica se sustenta en el siguiente interrogante: *¿cómo puede ser que los jueces tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo, esto es, por los representantes de la ciudadanía?*

Vale recordar que sobre el principio de presunción de validez de las disposiciones legales, reglamentarias, de los actos administrativos, y de las sentencias descansa la inicial fuerza obligatoria de los actos estatales¹⁴.

Deviene así de incalculable valor esta presunción *iuris tantum* por la cual el Estado representado a través de la actuación de cada uno de sus órganos, lo va hacer en pleno y absoluto sometimiento a la ley, sosteniendo en la cúspide del orden jurídico imperante a la constitución como instrumento de observancia incondicional¹⁵.

¹² CSJN, 12/11/1886, “Municipalidad de la Capital c. Elortondo”, Fallos: 33:162.

¹³ Cfr. SAMMARTINO, PATRICIO, “La causa y el objeto del acto administrativo en el estado constitucional”, en “Alcántara Díaz Colodrero” (sentencia del 20/08/1996, LA LEY, 1997-A, 71), el Alto Tribunal sostuvo: “[...] se presume que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsisten en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente”. Buenos Aires, 06/10/2009. Revista: *Ediciones Especiales Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamenteo y otras fuentes del Derecho Administrativo*, p. 59, disponible on line www.revistarap.com.ar.

¹⁴ Cfr. SAMMARTINO, P., ob. cit., p. 84.

¹⁵ “(...) Si por de pronto, se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución (...). KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1979, p. 232.

En los términos expuestos, resulta necesario expresar que dicha presunción es de carácter *iuris tantum*, es decir admite prueba en contrario y va ceder ante la comprobación y declaración de invalidez de las normas por el Poder Judicial. Es decir, dicha suposición general va a prolongarse hasta que alguna autoridad competente, luego de examinar su forma o materialidad, declare su ilegalidad¹⁶.

La regla de análisis de la constitucionalidad de cualquier norma ha sido definida a través de distintos fallos de la CSJN, quien refiriéndose al carácter de “*remedio de gravedad y ultima ratio*” del control de constitucionalidad, asevera que dicha actividad debe hacerse bajo un criterio de razonabilidad de lo actuado por el legislador, de manera tal que pesa sobre quien intente obtener la inaplicabilidad de una norma por ser ésta agravante a la Constitución, la obligación y el deber de aportar las pruebas suficientes para esgrimir su postura, es decir, el daño causado y la clara contrariedad de dicha norma con el texto madre. De ahí, que debe siempre presumirse la validez de toda norma.

1.1.B) La justificación del control judicial

Previo ingresar al análisis de los argumentos críticos del monopolio judicial de control, es preciso ofrecer brevemente los denominados “argumentos positivos” del control de constitucionalidad judicial¹⁷.

a) El justificativo de mayor importancia del control judicial refiere a la supremacía constitucional, propio del esquema argumental del juez Marshall y sobre el cual se han edificado luego el resto de los sistemas de control de influencia kelseniana con sus diversas modulaciones.

En este sentido, siendo el órgano judicial el único con atribuciones exclusivas y excluyentes de aplicar el derecho, le corresponde el proceso previo de control y verificación sobre su validez desde un aspecto técnico, es el denominado *juez guardián de la Constitución*, quien no puede admitir la existencia de una incompatibilidad entre la Constitución como ley suprema y una ley de rango inferior que resulte contraria o manifieste una contradicción con las exigencias de dicha ley suprema.

b) *Argumento de la protección y reconocimiento de los derechos*. No obstante su debilidad, sustenta el control judicial bajo la creencia de ser los jueces, los únicos instrumentos de control imparcial y técnicos, susceptibles de poner un freno o detener el irrestricto avance del estado y de otros particulares por sobre los derechos individuales.

c) *Argumento asociado a los escritos del Federalista 78 (Hamilton)*, donde se refiere que la capacidad de negar la validez de una norma legislativa por parte del órgano judicial, no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores ni tampoco importa poner en cuestión la “*voluntad soberana del pueblo*”. Muy por el contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Esto, bajo la lógica de que, al anular una ley, la judicatura ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana

¹⁶ Cfr. SAMMARTINO, P., ob. cit., p. 87.

¹⁷ Cfr. NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, ob. cit.

del pueblo. En palabras de Hamilton: “mi razonamiento no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”¹⁸.

Sin embargo, este último argumento nos acerca a una nueva problemática y es la de sostener ideológicamente como presupuesto incorruptible, que la Constitución goza de una legitimación democrática mayor que cualquier otra ley ordinaria. Este argumento desconoce e invisibiliza los defectos de formación y vicios en el proceso de gestación de una constitución; que carecen de *credenciales democráticas aceptables*¹⁹ como para poder erigirse en modelos instrumentales democráticos idílicos y superiores. Esta creencia de que la constitución formal resulta un producto democrático constituye un precepto de fe política que permite sustentar, al menos teórica y jurídicamente, la estructura piramidal de la *norma fundante* —*grundnorm*—, en los términos kelsenianos tradicionales.

d) Finalmente, y desde una simple justificación normativa-positiva, los actuales arts. 116 y 117 de la Constitución parecerían ofrecer el sustento normativo que ampara esta prerrogativa judicial, abonando la auto atribución monopólica.

Junto a éstos, la ley 27 a través de sus arts. 1º, 2º (hoy desvirtuado por el ejercicio de un control abstracto y de oficio) y 3º con más la ley 48 parecen otorgar el fundamento normativo a esta potestad judicial.

La reforma de 1994 trajo consigo un avance en la materia al admitir formalmente mediante el art. 43 la prerrogativa de los jueces *de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*. Esto constituye una modificación de importancia que amén de no subsanar totalmente la omisión del constituyente de establecer y definir los alcances y condiciones para el ejercicio del control de constitucionalidad, permite a la magistratura contar con un amplio margen de actuación²⁰ que debe ser analizado a la luz de todo el contenido de dicho art. 43 y no sólo su primer párrafo²¹.

Esta incorporación dada a través de la reforma de 1994 no permite resolver la problemática en cuestión ya que dicha prescripción no refiere a las condiciones, forma ni alcances del control.

Sin embargo, estas fuentes argumentales no logran satisfacer a las corrientes que problematizan el monopolio judicial del control de constitucionalidad por la irresoluble ausencia de legitimación democrática, sin advertir en realidad que la problemática trasunta por elementos de mayor profundidad y

¹⁸ GARGARELLA, ROBERTO. “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, abril 1997, p. 56.

¹⁹ NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, ob. cit., p. 688.

²⁰ SABSAY, DANIEL A., “El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos”, *Revista de Derecho Procesal* N° 5, Rubinzal y Asociados S.A., Buenos Aires, 2000.

²¹ “Asociación de Trabajadores del Estado c. Armada Argentina s/amparo”, La Plata, 15/01/1997.

desacuerdo: *las pautas interpretativas aplicables al momento del control, y cuya reflexión puede arrojar pautas para reducir esta fricción.*

I.1.C) Interpretación constitucional

El debate tradicional sobre el control de constitucionalidad en nuestro país invisibiliza una cuestión de máxima importancia en la cual anida la verdadera problemática: la interpretación del *juez constitucional* (en sentido amplio todos aquellos magistrados que se pronuncian sobre la constitucionalidad de una norma o acto) que es tratada, erróneamente de forma independiente y como una materia escindida desde la teoría.

En este sentido expresa Gargarella que *“La conexión entre ambos problemas resulta bastante evidente: en la medida en que mayores sean las dificultades para resolver las dificultades que plantea la interpretación constitucional —es decir, ante todo, cuanto mayores sean nuestros desacuerdos sobre cómo entender el contenido y los alcances de cada artículo de la Constitución— mayores serán los problemas para defender la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Por el contrario, en la medida en que las dificultades de la interpretación constitucional sean menores —es decir, cuanto menores sean nuestras desavenencias en relación con el significado de la Constitución— menores serán las dificultades que enfrentemos para justificar el control judicial”*²².

El proceso de control de constitucionalidad de cada acto estatal requiere necesariamente un tránsito interpretativo previo, esto es, un análisis hermenéutico que permita definir la correspondencia lógica, formal, o sustancial entre la norma constitucional suprema y fundante y toda otra impugnada por ser contradictoria con esta.

En este sentido, el control judicial no implica únicamente un problema de correspondencia y coherencia normativa, sino un proceso complejo de dilucidar un texto muchas veces cargado de deficiencias, tanto en la redacción de sus cláusulas (vaguedad, imprecisión, generalidad) sino por intenciones ocultas de sus redactores y paradigmas ideológicos que se esconden en el texto escrito.

De allí, que sólo después de un profundo proceso hermenéutico (a través de distintas pautas y métodos) pueda identificarse o no la supuesta contradicción endilgada a la norma o acto que se impugna.

Todo ese proceso, que concluye finalmente en un pronunciamiento sobre la coherencia o contradicción de un acto con la Constitución, es teñido por la dificultad de vincular y validar ese resultado con una ideología democrática, es decir otorgarle a la sentencia una legitimización no sólo formal, sino sustancial.

Es precisamente el criterio interpretativo utilizado, el elemento que finalmente puede acercar las posiciones (entre detractores y promotores del control judicial) y lograr justificar un pronunciamiento judicial que declare inaplicable por sus vicios a una ley gestada democráticamente.

De esta forma, existen un sinnúmero de mecanismos interpretativos, cuya utilización lleva a diferentes soluciones —sobre la constitucionalidad o

²² GARGARELLA, ROBERTO, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, *Revista Gaceta Constitucional*, Lima (2008) Especial, 573-590, disponible en http://www.cels.org.ar/documentos/?tema=&mesd=todos&aniod=todos&mesh=todos&anioh=todos&texto=doctrina&info=buscador_rs&ids=3&redir=1.

no de las leyes— según sea el criterio que se utilice o deje de utilizarse, y como se relacionen éstos entre sí: *esto nos lleva a concluir que el problema de la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad no puede ser resuelto sin analizar los criterios y valores a los cuales deben recurrir los jueces al interpretar la Constitución*²³.

Conforme ello, el problema se reduce a determinar entonces qué criterio de interpretación resulta correcto en clave democrática, y compatible con el legítimo papel que en un sistema democrático de gobierno debe cumplir el poder judicial cuando se le asignan las facultades de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

Ciertamente esto conduce al examen de otra cuestión de aun mayor difícil resolución, referido a la *definición normativa (positivación) de pautas y criterios interpretativos de carácter vinculante*. En tal sentido, quienes abogan por la *positivación* de pautas hermenéuticas en pos de una mayor seguridad jurídica, llegan a la conclusión de que en caso que los jueces pudieran apelar discrecionalmente al criterio interpretativo que consideraren conveniente (léase oportuno) según las circunstancias del caso, *se carecería de reglas para distinguir los razonamientos correctos de los incorrectos, convalidando aquella argumentación de quienes consideran que el razonamiento jurídico es una mera racionalización que pretende justificar decisiones que los jueces adoptan por motivos personales*²⁴.

La positivación de criterios interpretativos tal como algunas constituciones han incorporado en sus textos, puede resultar peligroso y cuya problemática se centra en los siguientes interrogantes:

- *¿La convención constituyente y reformadora debe estar expresamente habilitada para incorporar en su texto criterios o métodos interpretativos?*
- *¿Resultan estos criterios y métodos vinculantes para el juez?*
- *¿Su apartamiento constituye un vicio en la argumentación sentencial?*
- *¿Afectan la futuridad y permanencia de un texto constitucional?, y más aún, ¿influyen en el proceso de mutación interpretativa que permite la protección y reconocimiento de nuevos derechos?*
- *¿Una metodología constitucional reglamentarista de esta naturaleza, logra satisfacer las pretensiones de legitimidad democrática del control judicial?*
- *¿Qué diferencia existe en cuanto a la positivación de criterios y la positivación de métodos?*

Un rápido diagnóstico sobre estos interrogantes podría arrojar (provisionalmente) la utilidad de normativizar criterios hermenéuticos en pos de una mayor seguridad jurídica para el justiciable y sobre todo, en miras a otorgar al órgano judicial una mayor legitimidad democrática en su actuar.

No obstante, semejante decisión del constituyente traería consigo nuevos interrogantes de compleja resolución.

- *¿Cuáles son las mejores pautas interpretativas que deben incorporarse?*

²³ BOUZAT, GABRIEL, "La argumentación jurídica en el control constitucional. una comparación entre la *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 2, N° 1-2, Buenos Aires, 1997, p. 206, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf.

²⁴ *Ibíd.*, p. 204.

- *Junto a las pautas, ¿deben también positivizarse métodos hermenéuticos?*
- *¿Cómo se establece el acuerdo social-político y técnico para la incorporación de pautas interpretativas?*
- *¿Quién define las virtudes de un método por sobre otro?*

Desde este escenario, la problemática planteada nos debe llevar a reflexionar sobre las críticas al control judicial de constitucionalidad y en especial a la llamada dificultad contramayoritaria, teniendo a la interpretación como posible mecanismo conciliatorio.

Así también, el carácter antidemocrático que los detractores del control judicial de constitucionalidad imputan a la magistratura depende, a su vez, del tipo de justificación o modelo democrático que se defienda²⁵.

I.2) Control de constitucionalidad y democracia: una aproximación a la legitimación judicial y sus críticas

El denominado argumento *contramayoritario*²⁶ dirigido en contra del órgano judicial, se funda en la ausencia de legitimidad democrática de este órgano para declarar la invalidez de una ley formulada por un órgano netamente democrático, tanto en su labor cuanto en su composición.

Este sector de la doctrina se refiere el tema al exponer: “(...) *el problema que se presenta, cuando un tribunal utiliza su poder en el control de constitucionalidad, es que ejerce una atribución que no le viene dada por elección directa del pueblo, ya que este le ha conferido la facultad de crear normas a los representantes elegidos por el mismo pueblo. El control de constitucionalidad ejercido por órganos que no son elegidos ni resultan públicamente responsables de una manera significativa, representa un límite al poder político de los representantes elegidos por el pueblo, que de tal modo, no podrán gobernar siempre como quisieran (...)*”²⁷.

La esencia de la problemática, consiste para estos detractores, en la idea de que las decisiones estatales son en definitiva dispuestas por el poder judicial, aun cuando el órgano legislativo se haya pronunciado a través de una determinada ley.

Los interrogantes más comunes se construyen de la siguiente manera²⁸:

- *¿Cómo puede ser que los jueces tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo —esto es, por los representantes de la ciudadanía—?*
- *¿Cómo puede ser que en una sociedad democrática termine primando la voz de los jueces funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular de la ciudadanía?*

²⁵ Cfr. GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, “La interpretación constitucional como problema” Ponencia presentada al “Simposio Internacional sobre Derecho del Estado”, Universidad Externado de Colombia (Santa Fe de Bogotá, 4-7 de mayo de 1993), en *Revista de Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, ISSN 1027-6779, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3392>; CANOSA USERA, RAÚL, “Problemas de la interpretación constitucional en la democracia contemporánea”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C. Coord. Ferrer Mac Gregor, Ed. Porrúa, t. IV, cap. V, p. 3283; NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit.

²⁶ Véase GARGARELLA, ROBERTO, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, ob. cit., pp. 55-70.

²⁷ MILLER, J. - GELLI, M. A. - CAYUSO, S., *Constitución y poder político*, ob. cit., pp. 64 y ss.

²⁸ Cfr. GARGARELLA, ROBERTO, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, ob. cit.

Ya hemos señalado previamente la respuesta de Hamilton a este presupuesto, para quien la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Esto, bajo la lógica de que, al anular una ley, la judicatura ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo²⁹.

Sin embargo, hemos expuesto también la debilidad de este argumento *hamiltoniano* basado en una ficción que otorga a la Constitución formal una legitimidad democrática ausente en la realidad.

Conforme ello, la crítica hacia el control judicial de constitucionalidad es la que sostiene el ejercicio de una *práctica contramayoritaria o antidemocrática*, imputando a los jueces el vicio de carecer de la legitimidad suficiente para valorar un producto soberano.

Sin explicitarlo, este argumento se ampara en un modelo de democracia formal, mecánico y procedimentalista, sustentado en una fe inquebrantable (ficción) en el correcto funcionamiento del sistema representativo (democracia indirecta) sin contemplar los vicios de legitimidad que este sistema lleva ínsito y manifiesta en la realidad. Desde esta perspectiva, *quienes adhieren a una teoría de la democracia que se justifica en el ejercicio de la soberanía del pueblo, expresada a través de la voluntad de la mayoría, difícilmente puedan considerar que la declaración de inconstitucionalidad no es antidemocrática*³⁰.

Esta posición funda su argumentación en un descrédito de la función judicial para ejercer el control de las leyes por un déficit democrático en su proceso de elección, esto es, al no resultar elegidos los magistrados conforme un criterio de mayorías y minorías propio de un debate público sobre sus condiciones, carecerían de las *“cualidades democráticas”* para valorar un producto (ley) que constituye el resultado de un proceso deliberativo de actores si designados por la voluntad popular.

Este criterio procedimentalista de la democracia, sin embargo, resulta insuficiente para sostenerla incapacidad de los operadores judiciales, desconociendo la función ontológica del órgano judicial en el proceso de formación del estado moderno, tal en los términos que Heller propone³¹ al diferenciar entre funciones políticas (correspondiente al órgano legislativo y ejecutivo en su función de gobierno) y funciones técnicas (no ligadas al principio democrático, entre las cuales identifica al órgano judicial, las fuerzas armadas y al poder ejecutivo como administrador).

Indefectiblemente conforme sea el modelo de democracia que se sostenga, la crítica sobre el poder judicial puede resultar o no fundada, razonable o no; llegando incluso a poder justificarse el control judicial de las normas desde algún modelo de democracia en particular, tal como el *modelo deliberativo* que con algunas particularidades y diferencias proponen autores como Ely y Habermas³² y en nuestro país Nino y Gargarella³³.

²⁹ *Ibíd.*, pp. 55-70.

³⁰ BOUZAT, GABRIEL, “La argumentación jurídica en el control constitucional”, *ob. cit.*, p. 206.

³¹ HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, 11ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 1985, cap. III, La función social del Estado, pp. 217-229.

³² ELY, JOHN, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional* (1997); HABERMAS, JURGEN, *Tres modelos de democracia. sobre el concepto de una política deliberativa*, conferencia (1991).

³³ NINO, CARLOS S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Buenos Aires, 1999.

I.2.A) Democracia deliberativa: argumentación, diálogo y legitimación

El *modelo de democracia deliberativo* propone que en la medida en que los jueces se transformen en moderadores y árbitros componedores en clave democrática, su actuación resultará fundada y legítima. Es decir, siempre que la decisión de invalidar una ley (entendida a la ley como decisión mayoritaria) lo sea en respeto de pautas y principios democráticos (según las condiciones de este modelo), será admitida socialmente.

“Siguiendo este razonamiento, los jueces están solo legitimados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes apelando a valores presupuestos en los procesos democráticos. En esos casos, no se antepone la voluntad personal del juez a la voluntad mayoritaria expresada por la legislatura sino que se refuerzan los procesos democráticos, al protegerse las precondiciones y presupuestos que dan fuerza moral a la democracia misma. (...) Se puede sostener entonces que los jueces pueden apelar a argumentos basados en razones democráticas para invalidar decisiones mayoritarias que contradicen la fuente misma de su propia legitimación democrática”³⁴.

En contraposición al modelo procedimentalista de democracia propuesto por quienes sostienen a través del argumento contramayoritario la incapacidad de los jueces para ejercer un control de actos estatales, un modelo de democracia deliberativa, puede resultar más conciliador y superador, propio de un debate dialógico interorgánico.

En este sentido, las democracias deliberativas profundizan el diálogo republicano e interorgánico, asegurando la participación de los actores sociales en la formulación de la voluntad estatal (leyes, sentencias y todo acto de gobierno) que los afectará.

Así, la democracia deliberativa pretende ser una respuesta a los problemas de legitimidad, de búsqueda de consenso y de relacionamiento entre gobernados y gobernantes a los que se enfrentan las democracias contemporáneas. Se refuerza la participación de los involucrados en la toma de decisiones a través del proceso de deliberación, como forma de legitimación, más aun en aquellos actos estatales emanados de órganos con déficit de credenciales democráticas en su conformación (sentencias del poder judicial).

La democracia constituye un sistema ordenado de reglas de participación política y ciudadana con vocación de lograr una solución pacífica ante desacuerdos sociales, tendiente a la producción de normas de carácter general, cuya imposición y cumplimiento —cuando no es voluntaria entre los actores sociales— requiere de una intervención estatal que coaccione dichas conductas conforme la norma. De allí tendremos que a diferencia de actos estatales que gozan de baja legitimidad exigiendo un mayor esfuerzo estatal para su cumplimiento, las democracias deliberativas otorgan a sus actos un contenido legítimo gracias a la participación de los actores en su formulación.

El modelo democrático en estudio *“(...) incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes: esta es la parte democrática. Asimismo al describir la*

³⁴ BOUZAT, GABRIEL, “La argumentación jurídica en el control constitucional”, ob. cit., p. 207.

toma de decisiones por medio de argumentos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad e imparcialidad: esta es la parte deliberativa"³⁵.

De esta manera, un modelo de democracia deliberativo destaca la creatividad de los procesos políticos participativos como ejercicios de aprendizaje social, permitiendo explicitar, descubrir o construir intereses universalizables que pudieran dar lugar a consensos políticos legítimos³⁶.

Conforme ello, la concepción deliberativa de la democracia es una postura contraria al elitismo y al perfeccionismo porque rechaza el criterio según el cual una persona o grupo de personas se encuentran capacitadas o en mejores condiciones para decidir imparcialmente en nombre de todos los demás, buscando fortalecer el vínculo de representación entre gobernantes y gobernados, sea ya ampliando el universo de participantes en el proceso político decisional u optimizando la calidad decisional³⁷.

La discusión y el debate como elementos fundantes de esta corriente democrática anidan en una creencia de imparcialidad, bajo la hipótesis de que todo proceso de formación decisional (ley, acto gubernativo o sentencia) que trasunta por una deliberación está exento de las críticas que agobian a las democracias plebiscitarias meramente formalistas donde el único criterio de formulación de la voluntad estadual se resuelve a partir de una fórmula numérica de mayorías³⁸.

En los términos de la teoría comunicacional deliberativa de Habermas, el orden político legítimo requiere ser reconocido por los ciudadanos como correcto y justo en la medida que dicha legitimidad logre fundarse en argumentos. *Más aún, Habermas relaciona el problema de la participación con el de la legitimidad. Desde el punto de vista de la teoría de la acción comunicativa, la legitimidad política es el resultado de procesos activos de formación de consensos de que dicho sistema político es justo y adecuado, y no consiste en la mera aceptación pasiva de una legalidad que ejerce una minoría gobernante. Si la construcción de la legitimidad política no puede ser sino el producto constante de procesos comunicativos racionales en el espacio público, con mayor razón las principales decisiones políticas debe ser producidas por dichos procesos participativos comunicativos*³⁹.

En nuestro país fue Carlos Santiago Nino⁴⁰ quien se preocupó por la defensa de una construcción democrática deliberativa como instancia decisional participativa que logre legitimar decisiones que afecten a un gran número de ciudadanos: *"El rasgo que comparten todas las concepciones de la democracia deliberativa desarrolladas en los últimos años es el de rechazar la idea de que la vida política se reduce a una mera confrontación entre grupos rivales que per-*

³⁵ ARRIMADA ANTÓN, LUCAS, "Sin frenos ni contrapesos Mucho más allá del presidencialismo y parlamentarismo: democracia deliberativa y división de poderes en el siglo XXI", *Revista Lecciones y Ensayos*, N° 81, Buenos Aires, 2005.

³⁶ Cfr. VERGARA ESTEVEZ, JORGE, "La concepción de democracia participativa de Habermas", *Revista de Ciencia Política*, vol. XX, N° 2, 1999, pp. 208-219.

³⁷ Cfr. GARGARELLA, ROBERTO, "La democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo". *Revista Perfiles Latinoamericanos*, N° 28, julio-diciembre 2006.

³⁸ *Ibíd.*, p. 2.

³⁹ VERGARA ESTEVEZ, JORGE, "La concepción de democracia participativa de Habermas", *ob. cit.*, p. 215.

⁴⁰ Véase NINO, CARLOS S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Buenos Aires, 1997.

siguen intereses facciosos o sectoriales y el de sostener la necesidad de alcanzar el punto de vista del bien común mediante un debate público en el que todos los ciudadanos tengan el mismo derecho de exponer y defender propuestas surgidas de sus propias necesidades (...) en una democracia deliberativa la totalidad de las normas públicas deben ser resultado de una deliberación entre personas iguales orientada a establecer el bien común (...)"⁴¹.

Gargarella, continuador de la obra democrática deliberativa en Argentina, y preocupado por el déficit democrático de las principales decisiones en el país: las sentencias, *propone expandir el compromiso "participativo y deliberativo" de la revisión judicial como herramienta de solución. Según Gargarella, el control judicial debe promover no sólo el diálogo en las instituciones representativas, sino en otros niveles: entre ramas de gobierno (i.e., entre la justicia y el Congreso), entre representantes y ciudadanos (i.e. a través de audiencias públicas) y en el seno de la misma sociedad. Por ello, ciertos ámbitos de la esfera pública que tradicionalmente se han mantenido fuera de la práctica de la deliberación resultan esenciales para avanzar en esta misión*⁴².

Los modelos de democracia deliberativos suponen una doble instancia participativa, una extra poder, determinada por un diálogo entre actores sociales, sin intervención institucional, seguido por un debate institucional que previo a la formulación de la decisión estatal a través del dictado de una ley o una sentencia, transite por un amplio proceso de discusión entre distintos operadores técnicos y políticos de la esfera estatal, e incorpore (incluya) en su proceso de análisis el resultado de la instancia participativa extra poder previa.

Conforme esta visión, el producido de los órganos estatales (y con más razón aquellos de conformación no democrática) necesitan de una validación complementaria a la legalidad procesal formal, ya que el solo cumplimiento de los procesos regulares de sanción y formación de leyes o de dictado de las sentencias no alcanzan para otorgar legitimidad y necesita de un componente extra: el anclaje a una base consensual dada por la participación de todos los miembros involucrados en la discusión y afectados por las decisiones públicas.

Desde este modelo de democracia, resultaría insuficiente para invalidar el control judicial la descalificación de la magistratura por falta de título democrático, tal como el argumento contramayoritario propone; puesto que las condiciones que determinan una democracia no reparan en términos formales sino en procesos de diálogo y participación interorgánica, y el control judicial devendría en un mecanismo para asegurar esto.

Conforme ello, el proceso de control y revisión judicial sobre los actos estatales no funcionaría como un reproche ni un acto de desprecio hacia la actividad parlamentaria, muy por el contrario la propuesta comulga con la idea de un magistrado que en clave dialógica haga repensar al legislador su función, su impronta y conciliar a la comunidad política con sus representantes, únicos artífices de esta ficción democrática.

⁴¹ MONTERO, JULIO, "La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿populismo moral o elitismo epistemológico?", *Revista Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, México, 2006, p. 320. Biblioteca virtual Miguel Cervantes, disponible en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141157.pdf>.

⁴² LINARES, SEBASTIÁN, "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes". *Revista Isonomía* —online—, N° 28, 2008, pp. 149-184.

I.3) *Living constitution*: una aproximación al método interpretativo sociológico y la legitimación judicial del control de constitucionalidad

El modelo democrático deliberativo reclama una labor activa por parte de todos los órganos del estado, y más aún, del judicial a efectos de otorgar mayor legitimidad a sus actos de control normativo.

Aquí precisamente resulta de máxima importancia el método interpretativo utilizado, puesto que a partir de allí podrán eliminarse —o al menos debilitarse— las críticas acerca del argumento contramayoritario. Es decir, la magistratura compensará su *déficit democrático* (construido desde un modelo democrático procedimental formal) a través de la utilización de pautas y métodos hermenéuticos propios de una democracia deliberativa legitimando así el ejercicio del control de constitucionalidad.

Tal como fue señalado previamente, no existe unanimidad ni acuerdo en la doctrina, ni siquiera entre los operadores judiciales sobre cuál es el mejor método y pauta para interpretar la constitución. De allí entonces la coexistencia de un sinnúmero de criterios interpretativos utilizados entre la magistratura para sustentar sus decisiones.

Conforme ello, el problema se reduce a determinar entonces qué criterio de interpretación resulta correcto en clave democrática, y compatible con el legítimo papel que en un sistema democrático de gobierno debe cumplir el poder judicial cuando se le asignan las facultades de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes⁴³.

A los fines del presente, interesa trabajar desde dos extremos enfrentados:

i) una postura interpretativa denominada *conservadora, originalista, estática o textualista*, que considera a la constitución como un instrumento dado, consolidado, concluido definitivamente y clausurado a partir de su creación, a partir de la cual debe estarse a la palabra y a la intención del constituyente, sin recurrir a elementos extra normativos para su interpretación⁴⁴.

ii) las posturas interpretativas de *naturaleza revisionista o renovadora*, por otro lado, permiten escindir al intérprete de la voluntad original del constituyente, y apartarse del tenor literal del texto con el objetivo de adaptarlo a nuevas pretensiones sociales.

Esta última dimensión interpretativista renovadora inaugura el debate sobre la *living constitution o constitución viviente*, que postula un proceso interpretativo judicial despojado del gélido instrumento constitucional original, permitiendo la elaboración de respuestas acordes a los cambios sociales, necesidades y valoraciones actuales de aquel texto constitucional original.

Este mecanismo interpretativo de naturaleza evolutiva permite una actualización de su texto a las perspectivas actuales, una suerte de interpretación a la luz de los tiempos que corren y conforme las exigencias sociales imperantes; cuestión esta última que genera serios problemas referidos al consenso, a

⁴³ Cfr. BOUZAT, GABRIEL, "La argumentación jurídica en el control constitucional", ob. cit.

⁴⁴ SAGÜÉS, NÉSTOR, "Reflexiones sobre la Constitución viviente (*living constitution*)", *Revista Dikaion*, Universidad de la Sabana (Colombia), N° 12, Año 17, disponible en <http://revistas.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1250/1362>.

la *identificación* de dichas necesidades por parte del juzgador y la falta de seguridad que esto produce (incertidumbre).

El presupuesto central sobre el cual se edifica la *constitución viviente* sostiene que el proceso de reforma de una constitución, esto es, su proceso formal de modificación es complejo y dificultoso, lo cual produce necesariamente un *delay* (retraso) entre la configuración del texto y la realidad social. A partir de ahí, el interrogante que se plantea es *¿Cómo reconciliar los límites que impone una Constitución escrita (y por tanto estática en su texto, en ausencia de reformas al mismo), con una realidad dinámica y siempre cambiante, de forma que la carta suprema pueda ir acompañando a la sociedad a través de los múltiples cambios que experimenta?*⁴⁵.

En este sentido, la idea de una Constitución viviente permite no sólo un proceso de adecuación del texto constitucional a nuevos requerimientos sociales, sino que conjugado a partir de un modelo de democracia deliberativo como el expuesto, el juez puede justificar su falta de legitimación (argumentada desde la perspectiva contramayoritaria), volviéndose un actor fundamental en el proceso de actualización de la constitución a las nuevas necesidades a través de la recurrencia al denominado *dato sociológico* en sus sentencias.

El ejercicio de un proceso hermenéutico progresivo, evolutivo, que tiene a la Constitución como un elemento vivo, colabora con la justificación del control judicial de las normas únicamente desde el modelo de democracia deliberativo presentado, donde las sentencias son tenidas como instancias de diálogos interorgánico y reflexiones que ayudan a mejorar el sistema social; y las declaraciones de inconstitucionalidad tenidas como herramientas de revisión normativa.

En relación al funcionamiento interpretativo de la Constitución viviente, aparece el tema del consenso social, es decir, las proyecciones que el magistrado realiza en sus pronunciamientos sobre el consenso social en los temas que le toca resolver; es decir, a los magistrados les corresponde dar forma a las creencias e ideales sociales, muchas veces vagos e imprecisos, lo cual reclama un complejo proceso de interpretación social⁴⁶. De esta manera, el juez interpreta la Constitución a la luz de las prácticas, creencias y valoraciones sociales, cuyo acierto y aceptación comunitaria otorga a la sentencia la legitimidad que los promotores del modelo de democracia procedimental le reclamaban desde el argumento contramayoritario.

El mayor desafío de este mecanismo interpretativo dinámico reside en la percepción judicial que se hace de las creencias, valores y consensos sobre los cuales llevara a cabo la interpretación. El acierto en su lectura social puede determinar la legitimidad de la sentencia, mientras que una lectura errónea de las necesidades sociales puede concluir en el repudio de dicho pronunciamiento y un distanciamiento entre la comunidad y la justicia.

Así las cosas, recurrir al *dato sociológico*⁴⁷ permite una justificación a partir de datos objetivos de la realidad, esto es, interpretar la constitución a

⁴⁵ Cfr. CARBONEL, MIGUEL, "Sobre la constitución viviente", *Revista Estudios constitucionales*, vol. 10, N° 2, Santiago de Chile, 2012.

⁴⁶ Cfr. SAGUES, NÉSTOR P., *Reflexiones sobre la Constitución viviente*, ob. cit.

⁴⁷ SAGÜÉS, NÉSTOR P., "Nuevas fronteras de la igualdad. el recurso al dato sociológico y al intérprete externo en la interpretación constitucional", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, N° 7, Uruguay, 2005, disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_7350-544-1-30.pdf.

partir de las exigencias y demandas sociales percibidas por el juzgador, lo cual otorga una legitimación superadora de cualquier déficit democrático.

Aquí entran en pugna los modelos de democracia analizados, mientras que el modelo procedimental formalista cuestiona e impugna la legitimidad de la magistratura para dejar sin efecto una ley aprobada por la mayoría democrática (soberanía popular); el modelo de democracia deliberativa entiende al juez como un actor del escenario comunicativo estatal, y la democracia se satisface a través del aseguramiento de instancias participativas de todos los actores. Según este último modelo, el juez resolvería sus déficit de legitimación en la medida que incluya en su proceso decisional a los actores afectados por su decisión, y que sus sentencias sean herramientas de diálogo constructivo.

Conforme ello, la posición interpretativa de la constitución viviente, permite acudir al dato sociológico como mecánica deliberativa, como una instancia de acercamiento de la realidad y así gozar de la legitimidad suficiente para convertirse en un intérprete justo de la Constitución a través del consenso social/popular, esto es, una interpretación democrática.

Reflexiones finales

El desarrollo del presente trabajo pretendió una aproximación teórica y descriptiva del fenómeno del control de constitucionalidad y las críticas fundadas sobre el argumento contramayoritario que intentan deslegitimar el control judicial de las normas por deficiencia en la composición democrática de los juzgadores y su proceso de argumentación sentencial.

A partir de allí, se inició un proceso reflexivo y exploratorio sobre la interpretación constitucional como herramienta superadora de dicho conflicto, bajo el propósito de identificar criterios hermenéuticos que permitieran un acercamiento entre ambas posturas en pugna.

Logró identificarse, entonces, que la crítica basada en el argumento contramayoritario que resiste al control judicial (órgano no democrático) sobre las leyes, se funda en un modelo de democracia procedimental y formalista que posiciona a estas vertientes de manera antagónica.

Sin embargo, el análisis de esta coyuntura desde otra perspectiva, es decir a partir de un modelo de democracia distinto, permite desarticular esta tensión y encontrar un elemento común a ambas a partir del cual superar la crítica al órgano judicial en cuanto a su falta de legitimidad.

Conforme ello, desde una perspectiva ideológica distinta, es decir, sosteniendo un modelo de democracia deliberativo, la legitimidad judicial puede fundarse en la utilización de métodos hermenéuticos basados en el consenso social, suscriptos a la corriente interpretativa de la *living constitution*.

En función de ello, la utilización de criterios interpretativos basados en el recurso sociológico permite un acercamiento de la justicia hacia la realidad social, es decir, en la medida en que el proceso de interpretación (instancia previa del control de constitucionalidad) utilice el recurso al dato sociológico como herramienta para captar el consenso social, se va lograr legitimar el pronunciamiento del órgano judicial.

El modelo de democracia deliberativo se construye no sólo desde cuestiones formales, referidas al modo en que se toman las decisiones por regla de

mayorías y minorías, sino que dota de un contenido mayor al término democracia. Así la democracia logra satisfacerse en la medida que se desarrollan instancias participativas por parte de los distintos actores sociales en el proceso de formación y de las decisiones estatales.

El proceso interpretativo judicial que resuelva según el dato sociológico, es decir, interprete el texto constitucional a partir del consenso social sobre determinados temas, está permitiendo la participación de los actores sociales, logrando así incorporarlas en el proceso decisonal.

De esta manera, cualquier sentencia, y más aún aquella que resuelva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, resulta un diálogo dirigido hacia los demás poderes estatales tendiente a la revisión de este acto y la superación de los déficits que el órgano judicial encontró en dicho proceso de control.

La doctrina de la *living constitution*, no obstante sus críticas y debilidades, constituye un proceso de actualización (material) de la Constitución según las necesidades sociales, sin acudir al traumático proceso de reforma constitucional y permitiendo desde este mismo texto, el reconocimiento de nuevos derechos y sobre todo un medio para superar aquella vieja posición que le imputa al órgano judicial la imposibilidad de revisar la constitucionalidad de cualquier acto estatal por constituir un órgano deficitario y deslegitimado democráticamente para dicho proceso.

Bibliografía

AMAYA, Jorge A., *Democracia vs. Constitución. El poder del juez constitucional*, Col. Textos Jurídicos, Fund. para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2012.

— *Control de constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

— “Marbury v. Madison. Sobre el origen del control de constitucionalidad” La Ley, Paraguay, 2012.

ARRIMADA ANTÓN, LUCAS, “Sin frenos ni contrapesos. Mucho más allá del presidencialismo y parlamentarismo: democracia deliberativa y división de poderes en el siglo XXI”, *Lecciones y Ensayos*, N° 81, Buenos Aires, 2005.

BIANCHI, ALBERTO, *Control de Constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1990 (reed. 2000).

BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada: el poder constituyente*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

— *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1996.

BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, 7ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012.

BOUZAT, GABRIEL, “La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2, N° 1-2, Buenos Aires, 1997.

CANOSA USERA, RAÚL, “Problemas de la interpretación constitucional en la democracia contemporánea”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C. Coord. Ferrer Mac Gregor. Ed. Porrúa, t. IV, cap. V.

CARBONELL, MIGUEL, “Sobre la constitución viviente”, versión On-line, *Estudios constitucionales*, vol. 10, N° 2, Santiago, 2012.

DALLA VÍA, ALBERTO R., "Modelos, tribunales y sentencias constitucionales", *LA LEY*, 2009-A, 1158.

ELY, JOHN, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del hombre Editores, 1997.

ESTEVARENA, MARÍA FLORENCIA, "Las sentencias constitucionales y el control de constitucionalidad en Argentina. ¿Nuevo paradigma?", *Revista jurídica UCES*, Universidad de Ciencias Empresarias y Sociales, 2012.

FAYT, CARLOS S., *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

GARCIA, JOSÉ F., "El control de constitucionalidad en el federalista y los fundamentos de una sociedad libre", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 3, 2003.

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, "La interpretación constitucional como problema", *Revista de Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. I, N° I, 1994.

GARGARELLA, ROBERTO, "Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales", *Revista Perfiles Latinoamericanos*, N° 28, julio-diciembre 2006.

— "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, 1997.

— *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

— *Reforma Constitucional, control judicial y proceso democrático*, La Ley, Buenos Aires, 1994.

— *Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución*, Gaceta Constitucional, Lima, 2008.

HABERMAS, JURGEN, *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa*, conferencia (1991).

HAMILTON, ALEXANDER, *El Federalista*, N° 78.

HARO, RICARDO, *Constitución, Gobierno y Democracia*, Ed. UNC, Córdoba, 1987.

— *Control de constitucionalidad*, Zavallía, Buenos Aires, 2003.

— "Marbury v. Madison. El sentido constituyente y fundacional de su sentencia", *Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba*, 2003.

HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, 11ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 1979.

LINARES, SEBASTIÁN, "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes", *Revista Isonomía*, N° 28, 2008.

MILLER, J. - GELLI, M. A. - CAYUSO, S., *Constitución y Poder Político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1992.

MILLER, JONATHAN, "Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina", en *Revista UDT*, 2006.

MONTERO, JULIO, "La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿populismo moral o elitismo epistemológico?", *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, México, 2006.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

— *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1999.

— “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, Centro de Estudios Institucionales, Argentina, N° 4, septiembre- diciembre de 1989.

NÚÑEZ VALADEZ, MIGUEL A., *Recension The Living Constitution*, David A. Strauss (2010) *Oxford University Press*, Oxford; Universidad Carlos III de Madrid, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 1, sep. 2011 - feb. 2012.

SABSAY, DANIEL A., “El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos”, *Revista de Derecho Procesal*, N° 5, Rubinzal y Asociados S.A., Buenos Aires, 2000.

SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Las sentencias constitucionales exhortativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 4, N° 002, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, noviembre de 2006.

— *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

— “Nuevas fronteras de la igualdad. El recurso al dato sociológico y al intérprete externo en la interpretación constitucional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, N° 7, Uruguay, 2005.

— “Reflexiones sobre la Constitución viviente (*living constitution*)”, *Revista Dikaion*, Universidad de la Sabana, N° 12, Año 17, Colombia.

VANOSI, JORGE R., “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina”, en *Visiones de una Constitución*, Jorge A. Amaya (Director), Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, 2004.

VERGARA ESTEVEZ, JORGE, “La concepción de democracia participativa de Habermas”, *Revista de Ciencia Política*, vol. XX, N° 2, 1999.



REPUBLICANISMO, CIUDADANÍA Y ELECCIONES PRESIDENCIALES*

Cristián Fatauros** - Hugo Seleme*** - Florencia Rodríguez Nasuti****
Nadia Garayo***** - Barbra Ledesma*****

Resumen: en este trabajo de investigación se evalúan las plataformas de las diferentes agrupaciones políticas que compitieron en las elecciones presidenciales del año 2015 en la República Argentina. En la primera parte se describen la metodología y las razones por las que se trabajó con las plataformas electorales de las agrupaciones; además de la descripción y la justificación del marco teórico utilizado —el republicanismo—. En la segunda parte se sintetiza la evaluación de las plataformas en función del grado de controlabilidad y de accesibilidad que la ciudadanía tiene respecto de ellas.

Palabras clave: elecciones presidenciales - partidos políticos - control ciudadano.

I. Metodología y justificación

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo poner de resalto una cuestión que ha sido desatendida en los últimos años tanto en el ámbito político como en el académico, referida a las plataformas que presentan las agrupaciones políticas al momento de postularse a elecciones. ¿Por qué tiene relevancia tomar como materia prima de análisis y evaluación a las plataformas políticas? Existen diferentes razones y todas ellas están conectadas con el concepto de democracia representativa.

En primer lugar, en una democracia representativa dotada de un sistema de partidos políticos, los programas de gobierno elaborados por los partidos y alianzas son la principal *fuerza de información* de la que dispone la ciudadanía. A través de las plataformas los ciudadanos deberían poder tomar conocimiento de los planes de los candidatos para poder decidir su voto. En segundo lugar, las plataformas debieran permitir que los funcionarios elegidos puedan ser *controlados* por la ciudadanía que puede determinar el grado de realización de las propuestas formuladas durante la campaña. En una democracia representativa la posibilidad de controlar a los funcionarios que ejercen

* Recibido 09/05/2016 ~ Aprobado 01/09/2016.

** Cristián Fatauros. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Investigador Postdoctoral de CONICET. Profesor Auxiliar de la Cátedra de Ética y Profesor Auxiliar de la Cátedra B de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

*** Hugo Seleme. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Investigador Independiente de CONICET. Profesor Titular de la Cátedra de Ética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Director de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

**** Florencia Rodríguez Nasuti. Abogada (UNC). Becaria Doctoral CONICET. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). Adscripta a la Cátedra de Ética de la Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Programa de Ética y Teoría Política.

***** Nadia Garayo. Abogada (UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). Adscripta a la Cátedra de Ética y de Derecho Privado VII de la Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Programa de Ética y Teoría Política.

***** Estudiante de abogacía. Integrante del Honorable Consejo Directivo, Facultad de Derecho, UNC.

cargos públicos es crucial. Las plataformas políticas deberían ser *exhaustivas, claras y específicas*, de lo contrario se disminuye y menoscaba la posibilidad de control por parte de la ciudadanía y la calidad democrática del sistema.

Los criterios utilizados para evaluar la calidad de las plataformas han sido tomados de la teoría republicana contemporánea. Adoptar esta concepción política como base de sustento para evaluar las plataformas políticas se justifica por la historia institucional de nuestro sistema político. Concebir a la libertad como la ausencia de dominación por parte de otros es algo consustancial a nuestra carta constitucional y leyes fundamentales. La idea de que el poder político debe ser controlado por la ciudadanía y fragmentado en diferentes departamentos de gobierno —ejecutivo, legislativo y judicial— que se controlan recíprocamente, es uno de los ejes fundamentales de nuestro entramado institucional y uno de los componentes básicos de la concepción republicana.

Esta teoría hunde sus raíces en la doctrina clásica del Republicanismo y ha sido revitalizada por la influencia de intelectuales como Philip Pettit (Pettit, 1997). El republicanismo contemporáneo sostiene una particular concepción de la libertad que se aparta de las concepciones de la libertad entendida como ausencia de interferencia (libertad negativa) o entendida como existencia de canales de participación en la autodeterminación colectiva (libertad positiva) (Pettit, 2003, pp. 117-118): un ciudadano es libre cuando las instituciones públicas que se le aplican están diseñadas de tal manera que no está sujeto a otro. En otras palabras, ningún ciudadano está bajo el control de otro ciudadano o grupo de ciudadanos. Los ciudadanos disfrutan una libertad que les posibilita vivir sin temor y sin ser deferente a otros que poseen poder. Cada uno puede conducir su vida sin necesidad de ganarse la indulgencia o la clemencia de los poderosos (Pettit, 1997, p. 86). Por lo tanto, la libertad republicana exige que las instituciones públicas satisfagan tres exigencias. En primer lugar, deben evitar o al menos disminuir la posibilidad de que algunos ciudadanos controlen la vida de los demás. Deben estar organizadas de modo de conferir a los ciudadanos los derechos, recursos y protecciones que les permitan verse recíprocamente como ciudadanos iguales. En segundo lugar, las instituciones públicas deben estar organizadas de manera que el poder estatal no se transforme él mismo en un poder dominador. El modo de alcanzar tal objetivo es que el poder ejercido por las instituciones estatales se encuentre bajo el control de la ciudadanía. Los ciudadanos son libres cuando no se encuentran dominados por otros ciudadanos y ejercen el control sobre las instituciones públicas que los protegen, es decir cuando no hay dominación privada ni pública. En tercer lugar, las instituciones —especialmente las vinculadas con la política exterior— deben evitar que otros Estados ejerzan dominación sobre nuestro país. A su vez, las mismas deben estar orientadas a facilitar que Estados extranjeros no ejerzan dominación sobre sus propios ciudadanos. En síntesis, las plataformas políticas deben ser analizadas de acuerdo a si contienen o no propuestas para eliminar o disminuir la posibilidad de dominación privada —ejercitada por los propios ciudadanos— de dominación pública —ejercitada por el propio Estado— y de dominación exterior llevada adelante por Estados extranjeros.

Teniendo en miras el objetivo de análisis propuesto, se evaluaron las plataformas de las agrupaciones políticas que compitieron en las elecciones presi-

denciales argentinas del año 2015, a partir de determinados marcadores¹. Ellas son: Alianza Compromiso Federal; Alianza Progresistas; Cambiemos; Frente de Izquierda y de los Trabajadores; Frente Para la Victoria; Una Nueva Argentina. En virtud de que las elecciones presidenciales son las de mayor trascendencia en este país, evaluar la calidad de dichas plataformas ofrece una primera aproximación al grado de relevancia que las agrupaciones políticas otorgan actualmente a este instrumento (como herramienta para informar a la ciudadanía acerca de sus planes de gobierno).

Los marcadores se construyeron a fin de determinar por un lado, si los partidos políticos en sus plataformas incluyeron propuestas tendientes a garantizar que los ciudadanos sean inmunes frente al poder de interferencia arbitrario, privado y estatal; y por el otro, si las propuestas presentes en las plataformas resultan controlables por parte de la ciudadanía.

Que las propuestas incluidas en las plataformas satisfagan los marcadores, implica que ellas abordan aspectos vinculados con la libertad de la ciudadanía. Así, que una plataforma satisfaga la totalidad de los marcadores elaborados equivale a sostener que contiene políticas específicas para combatir la dominación privada y pública.

A su vez, una plataforma satisface plenamente un marcador cuando contiene propuestas en relación con ese marcador cuyo cumplimiento puede ser controlado por parte de la ciudadanía. Cuando la plataforma satisface el marcador de modo regular, el grado de control por parte de la ciudadanía se encuentra menguado. Finalmente, cuando la plataforma no satisface el marcador, el grado de control es inexistente.

De este modo, al analizar y evaluar las plataformas electorales deben identificarse dos problemas diferentes: 1) que la agrupación política no presente ninguna política referida a un aspecto relevante de la prevención de la dominación privada o estatal, y 2) que la plataforma presente propuestas que no son controlables por parte de la ciudadanía. Estos defectos disminuyen el poder de control de la ciudadanía. En el primer caso, si la agrupación política triunfante presentó una plataforma política defectuosa, el control sobre las propuestas disminuye porque no existen garantías de que los ciudadanos estén protegidos frente al poder privado o público. En el segundo caso, si las propuestas fueron ambiguas, inespecíficas u oscuras, el poder de control ciudadanos disminuye porque no existe posibilidad que los ciudadanos controlen los actos de gobierno a partir de las propuestas formuladas por los partidos. Cuando se dan cualquiera de estas dos circunstancias, el voto es mejor entendido como un acto de fe ciega y confianza absoluta en una persona o grupo de personas que ejercerán los cargos públicos. No sería plausible entender el acto de votar como el último acto de control ciudadano.

Para elaborar los marcadores (50) se identificaron ciertas áreas relevantes dentro de las tres dimensiones en las cuales puede tener lugar la dominación. Dichas áreas son: *i*) en la dominación privada: la infraestructura institucional de la libertad como ausencia de dominación, el empoderamiento real

¹ Como antecedente a este tipo de trabajo de investigación, puede citarse el estudio elaborado por Philip Pettit, en el cual evaluó la conformidad del programa del gobierno español durante el primer mandato de J. L. Rodríguez Zapatero con los principios ético-políticos del republicanismo (MARTÍ & PETTIT, 2010).

de los ciudadanos desaventajados, la protección de la ciudadanía y el control de aquellos ciudadanos o grupos de ciudadanos que poseen mayor poder. A su vez, dentro de la infraestructura de la libertad se distinguen aspectos vinculados con: el sistema económico, el sistema legal, el sistema educativo, el sistema sanitario, y la protección medioambiental; *ii*) en la dominación pública: control entre poderes, control ciudadano y dispersión del poder; *iii*) en la dominación internacional: agenda política internacional para el desarrollo económico y social interno y cooperación humanitaria internacional.

Por último, dentro de cada una de las áreas de los tres tipos de dominación, se han elaborado marcadores que permiten evaluar el *grado de exhaustividad*, es decir, si la plataforma contiene propuestas en relación a cada área, el *grado de especificidad*, esto es si las propuestas son generales o específicas², y el *grado de control* que podrá ejercitarse por parte de la ciudadanía.

Por todo esto, en la evaluación realizada se consideró que si la plataforma electoral contiene propuestas específicas referidas a un marcador, si son claras y no están redactadas de modo ambiguo, y si la propuesta es controlable en su ejecución por la ciudadanía, entonces la satisfacción en relación con ese marcador es *buena*. Si no contiene suficientes propuestas específicas o si éstas se encuentran redactadas de un modo ambiguo tal que dificulta el control por parte de la ciudadanía o si sólo presenta propuestas genéricas pero formuladas de manera clara o bien si satisface el marcador de manera parcial, entonces la satisfacción en relación con ese marcador es *regular*. Si sólo contiene propuestas genéricas que no pueden ser controladas por parte de la ciudadanía, entonces la satisfacción en relación con ese marcador es *mala*. Por último, si la plataforma no contiene ningún tipo de propuesta —genérica o específica— con relación a un marcador tal situación ha sido considerada como la que merece la peor evaluación. La evaluación del desempeño de la plataforma en este supuesto ha sido considerada *muy mala*. De modo que la escala de evaluación que se ha utilizado para calificar las plataformas con relación a cada marcador ha sido la siguiente: controlable (buena), medianamente controlable (regular), no controlable (mala), inexistente (muy mala).

Otro aspecto que resulta necesario evaluar se refiere al grado de acceso que el público tiene respecto de las propuestas presentes en las plataformas. Dada la importancia que actualmente revisten los medios de comunicación como forma de acceso masivo a este tipo información, en este caso se tuvieron en cuenta los spots de campaña y el debate presidencial del día 4 de octubre de 2015³. En todos los casos los spots de campaña analizados han sido los que la propia agrupación política ha difundido a través de la televisión y se encuentran disponibles on-line. Se tomaron en cuenta los spot difundidos luego de finalizadas las Primarias abiertas simultáneas y obligatorias (PASO), hasta el día 17 de octubre de 2015.

² La distinción entre propuesta genérica y propuesta específica se funda en el mayor grado de control que presenta una respecto de la otra. Las propuestas presentadas por las agrupaciones políticas, en su mayoría son genéricas. En cinco de las seis plataformas políticas se observa este patrón.

³ En el caso del Frente para la Victoria la accesibilidad pública a través del debate no ha sido considerada. Tal extremo se justifica toda vez que dicha agrupación política declinó la invitación a participar del mismo.

A tal fin, se contrastaron las propuestas presentadas en los spots de campaña y en el debate presidencial por cada candidato, con las propuestas contenidas en las plataformas. Vale destacar que si en ambos medios de acceso una de las agrupaciones políticas dio a conocer la misma propuesta, sólo se tuvo en cuenta uno de ellos. De otro modo las conclusiones no reflejarían con exactitud lo que se intenta mostrar.

II. Evaluación de las Plataformas: Controlabilidad y Accesibilidad

Las conclusiones generales a las que se arribaron luego del análisis de las plataformas se detallan a continuación. Estas consideraciones se aplican a todas las plataformas y por este motivo no han sido discriminadas por agrupación política. Es dable aclarar que no se han consignado las propuestas que las plataformas contienen. Sólo se ha detallado, por razones de brevedad, el resultado obtenido luego de la evaluación. El detalle de las propuestas que se encuentran en cada plataforma, discriminadas por marcador, como también de los spots de campaña y del debate presidencial, pueden cotejarse en el Informe elaborado por miembros del Programa de Ética y Teoría Política, denominado “*Análisis Cualitativo de las Plataformas Para Elecciones Presidenciales 2015*”⁴.

A pesar de la relevancia que debieran poseer las plataformas políticas en un sistema representativo de gobierno estructurado alrededor de partidos políticos, el acceso público al texto de las plataformas es extremadamente difícil. Aunque las plataformas políticas son presentadas por cada agrupación política a la Justicia Electoral Federal, aun en estas dependencias gubernamentales el acceso es difícil. Para acceder a las plataformas, los participantes de este trabajo (investigadores del Programa de Ética y Teoría Política) fue necesario seguir un procedimiento establecido *ad-hoc* por el tribunal: formular el pedido por escrito consignando los motivos por los que se solicitaban las plataformas. El requisito de justificar y explicitar el motivo es irrazonable. El acceso público a las plataformas electorales debería ser lo más expeditivo posible, libre de cualquier traba procedimental. El acceso a las plataformas electorales tampoco resulta simple a través de la página web del Poder Judicial de la Nación. En el mes de agosto de 2015, algunas de las plataformas todavía no se encontraban disponibles online. Asimismo, en los sitios web oficiales de las diferentes agrupaciones políticas no resulta fácil identificar el lugar donde se encuentra la plataforma presentada ante la autoridad electoral.

El contenido de los spots de campaña y las intervenciones de los candidatos en el debate presidencial tampoco facilitaron el acceso público. En ningún caso el grado de accesibilidad superó el 50%⁵. Al analizar por separado las dos formas de acceso tenidas en cuenta, se observa con mayor claridad este fenómeno. Si se consideran sólo los spots de campaña, el grado de accesibilidad pública de las plataformas es muy bajo. En ningún caso supera el 35%. Si se considera

⁴ Disponible on-line en <https://drive.google.com/file/d/0B6QxXouy9xNVa0dwc1BUNWhpWUU/view>.

⁵ A continuación se detalla el grado de accesibilidad de cada una de las plataformas: *Alianza Progresistas* (5%); *Una Nueva Argentina* (19%); *Frente de Izquierda y de los Trabajadores* (24%); *Frente Para la Victoria* (35%); *Cambiamos* (48%). Es dable resaltar que la plataforma de una de las agrupaciones políticas (*Alianza Compromiso Federal*) no fue considerada en este análisis, dado que no presenta propuestas.

sólo el Debate Presidencial, la conclusión a la que se arriba es similar. En ningún caso el grado de accesibilidad a las plataformas supera el 32%.

Por lo tanto, el conocimiento que la ciudadanía adquiere respecto del plan de gobierno de los candidatos es escaso. Una cuestión llamativa es que las plataformas con mayor cantidad de propuestas, presentan una accesibilidad muy baja⁶.

En todos los casos dos problemas igualmente graves se hacen presente: en los spots o en el debate presidencial se realizan propuestas no contenidas en las plataformas electorales⁷, o propuestas contenidas en las plataformas electorales no tienen ningún espacio ni en los spots ni en las intervenciones en el debate. Si a esta circunstancia se le suma lo señalado en el párrafo anterior, es posible ver la magnitud real de la amenaza que pende sobre nuestro sistema democrático. El grueso de la ciudadanía toma conocimiento de las propuestas electorales a través de los spots de campaña y, en menor medida, a través del debate presidencial. Dada las divergencias, por exceso o defecto, que existen con las propuestas plasmadas en la plataforma electoral, cabe concluir que el acceso de la ciudadanía a dichas propuestas es en el mejor de los casos distorsionado y en el peor directamente nulo.

En relación al grado de controlabilidad de las plataformas puede concluirse, al igual que respecto de su accesibilidad, que es bajo. Cinco de las seis plataformas presentan un grado de controlabilidad menor al 50%⁸. Esto tiene una gran relevancia puesto que el hecho de que una plataforma sea controlable implica que la ciudadanía pueda evaluar si la propuesta ha sido cumplida o no durante la gestión de gobierno. De no serlo, la posibilidad de que tal evaluación exista desaparece.

Un problema adicional que presentan las plataformas analizadas, con diferentes grados de gravedad, se relaciona con su redacción. Todas contienen propuestas genéricas, ambiguas, poco claras o defectuosamente redactadas. En algunos casos cuesta identificar a qué refiere la propuesta dada su imprecisión, su abstracción y ambigüedad. En varias de las plataformas se utilizan términos poco claros como “fortalecer”, “equilibrar”, “reformular”, “revisar”, lo cual impide dar cuenta del alcance o contenido de la propuesta. Asimismo, en algunos casos es difícil distinguir entre los objetivos de gobierno que se plantean y las propuestas que en relación a ello se efectúan. Las plataformas contienen un gran número de declaraciones de principios las que no pueden concebirse como propuestas específicas. Además, en su mayoría, al presentar las propuestas en relación a diversas temáticas efectúan un diagnóstico de la situación. Ese diagnóstico en

⁶ Es el caso de *Alianza Progresistas* y de *Una Nueva Argentina*.

⁷ En este sentido pueden brindarse datos en relación a las propuestas efectuadas por las agrupaciones en los spots, que no tienen correspondencia con las contenidas en las plataformas: *Cambios*: de 30 spots analizados, el 33% de las propuestas presentadas allí no se corresponden; *Frente de Izquierda y de los Trabajadores*: de 18 spots analizados, el 18% de las propuestas presentadas allí, no se corresponden; *Frente para la Victoria*: de 23 spots analizados, el 50% de las propuestas presentadas allí no se corresponden; *Una Nueva Alternativa*: de 5 spots analizados, el 67% de las propuestas presentadas allí no se corresponden. Cabe señalar respecto de *Compromiso Federal*, que en los 3 spots analizados se presentan 2 propuestas, las cuales no se encuentran en la plataforma, dado que ella no contiene propuestas; y de *Progresistas* no presentan propuestas en los spots.

⁸ A continuación se detalla el grado de controlabilidad de cada una de las plataformas: *Alianza Compromiso Federal* (0%); *Frente Para la Victoria* (36%); *Frente de Izquierda y de los Trabajadores* (40%); *Una Nueva Argentina* (42%); *Cambios* (44%); *Alianza Progresistas* (76%).

general no se basa en datos provenientes de fuentes fiables y verificables, sino principalmente en percepciones y opiniones.

En virtud de que no existe una reglamentación que imponga las condiciones en que las plataformas deben ser redactadas y estructuradas, cada partido político lo efectúa de la manera que cree conveniente. Ello provoca una gran dificultad para analizarlas, puesto que más que plataformas electorales formadas por propuestas que definen un plan de gobierno, se presentan como documentos elaborados como mera formalidad institucional, al mero fin de satisfacer los requisitos exigidos por la justicia electoral para oficializar las listas de candidatos.

La posibilidad de control ciudadano y auto-gobierno disminuye a medida que aumenta la generalidad, la ambigüedad, y la falta de claridad en las propuestas y debido a la escasa accesibilidad pública de las plataformas. En un sistema democrático en el cual se gobierna no a través de representantes, la falta de conocimiento preciso sobre las propuestas equivale simple y llanamente a que el pueblo no gobierne en absoluto.

Bibliografía

MARTÍ, J. L., & PETTIT, P. (2010), *A political philosophy in public life: civic republicanism in Zapatero's Spain*, Princeton: Princeton University Press.

PETTIT, P. (1997). *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, New York: Clarendon Press.

PETTIT, P. (2003). *Liberalismo y republicanism*, Paper presented at the Nuevas ideas republicanas: Autogobierno y libertad.



REFLEXIONES SOBRE LA EDUCACIÓN AMBIENTAL Y SU MARCO NORMATIVO EN ARGENTINA Y BRASIL*

Marta Susana Juliá** - Angélica Góis Morales*** - María Laura Foradori****

Resumen: La educación ambiental estudia la relación entre sociedad, naturaleza y educación, en busca de abrir caminos para un nuevo saber socioambiental. Para eso, es necesario incorporarla en las políticas públicas, a través de leyes e instituciones. El presente trabajo tiene por objetivo explorar el marco teórico y normativo de las políticas públicas de educación ambiental en Argentina y Brasil para una comprensión general del escenario político e institucional. Para eso, abordaremos la epistemología ambiental latinoamericana y la configuración de la educación ambiental a través de los eventos y concepciones que contribuyeron a la formación y legitimación de las políticas públicas.

Palabras-clave: educación ambiental - política pública ambiental - marco normativo - epistemología ambiental latinoamericana.

I. Introducción

La temática socioambiental actualmente representa una preocupación por los múltiples problemas ambientales a nivel mundial, regional y local, haciendo de la protección ambiental una auténtica prioridad para la comunidad internacional y nacional. Esos problemas son resultado de una crisis socioambiental que también es una crisis de conocimiento y de la economía global, existiendo un trasfondo epistemológico en ella. Ante esto, se plantea la construcción de un concepto de racionalidad ambiental¹ capaz de orientar las acciones sociales hacia un futuro sustentable, sobre la base de principios teóricos y éticos diferentes a los de la racionalidad hegemónica. Esto implica la formación de un nuevo saber ambiental que parta de una perspectiva de la complejidad y de la interdisciplinariedad.

* Recibido 05/05/2016. Aprobado 17/08/2016.

** Juliá, María Susana: Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, UNC. Directora del proyecto "La disputa por la construcción de política ambiental en la Argentina. Actores y estrategias para la ejecución en el territorio". Contacto: dramartajulia@gmail.com.

*** Góis Morales, Angélica: Bióloga, Doctora en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Federal de Paraná (UFPR), Brasil. Docente e investigadora de la Univ. Estadual Paulista (UNESP, Campus de Tupã-SP, Brasil). Líder del equipo de "Pesquisa em Gestão e Educação Ambiental" (PGEA) de la UNESP. Becaria de la Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Contacto: angelica@tupa.unesp.br.

**** Foradori, María Laura: Abogada, Universidad Nacional de Córdoba-Argentina (UNC). Doctoranda en Ciencias Políticas en el Centro de Estudios Avanzados (CEA-UNC). Maestranda en el Máster sobre Ambiente y Desarrollo Sustentable con orientación en Educación Ambiental, Universidad Nacional de Quilmes. Becaria Doctoral del CONICET. Adscripta en las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental (UNC). Coordinadora de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho (UNC). Contacto: lauraforadori@hotmail.com.

¹ LEFF, E., *Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza*, Siglo XXI Editores, México, 2004.

Es en ese contexto, que la educación ambiental busca abrir caminos para pensar un nuevo saber, y es por medio de una política ambiental y de educación que ese proceso se va legitimando e institucionalizando.

Particularmente, en el caso de Argentina si bien la política ambiental de los últimos años ha sido bastante activa, caracterizada por la reforma constitucional, promulgación de leyes y redacción de informes, lamentablemente no ha terminado de alcanzar los resultados anhelados. En cambio, en Brasil, se presenta una historia más profunda que lucha por el espacio institucional y político de la educación ambiental. Ante este escenario, se considera que la educación ambiental es uno de los caminos fundamentales para lograr la transformación social y cultural en la relación sociedad y naturaleza.

A partir de ello, el presente trabajo tiene por objetivo aproximarnos en forma sucesiva a la epistemología ambiental latinoamericana y la gestión pública ambiental en general, para explorar el marco teórico y normativo de las políticas públicas de educación ambiental en Argentina y Brasil, desde ese enfoque general.

II. Epistemología Ambiental Latinoamericana

Para realizar esta aproximación a las políticas públicas de educación ambiental, consideramos necesario utilizar conceptos y categorías propias de nuestro contexto, desde un pensamiento latinoamericano ligado a las necesidades y problemas específicos de la región.

Nuestras formas de racionalidad emergen de la periferia y debemos tener en cuenta esto para producir un cambio en los esquemas de pensamiento². En esta línea, tomamos como perspectiva para el análisis las epistemologías del Sur que, para De Sousa Santos³, significan la búsqueda de nuevos procesos y criterios de validez del conocimiento, que credibilicen las prácticas cognitivas de los diferentes grupos sociales que han sido históricamente explotados y oprimidos por el sistema capitalista.

Interrelacionando esta perspectiva crítica latinoamericana con la problemática ambiental, en la región se están generando nuevos desarrollos teóricos y perspectivas políticas frente a la cuestión medioambiental, a partir de una percepción más crítica y consciente de las propias condiciones ecológicas, culturales, económicas y políticas. En Latinoamérica, el ambientalismo surge de la lucha por la sobrevivencia en condiciones de una creciente degradación socioambiental, que afecta a los más vulnerables y representa todas las formas de comportamiento colectivo en los discursos y acciones que buscan repensar la relación entre sociedad y ambiente⁴.

Enrique Leff, sostiene que el pensamiento ambiental latinoamericano adquiere identidad a través de una de las notas más distintivas que proviene de

² CORREA DELGADO, R., "Una academia comprometida con las necesidades de América Latina", en *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, N° 30, Quito, 2013, pp. 111-117.

³ SANTOS, B., *Una epistemología del SUR: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, Siglo XXI Editores - CLACSO, México, 2009, p. 370.

⁴ LEFF, E., *Saber ambiental: Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, Siglo XXI Editores, México, 1998.

la demarcación entre ambientalismo y ecologismo⁵. Considera las condiciones diferentes en que surgen y se desarrollan estos movimientos, el contexto político, cultural y económico en el que emergen. El movimiento ecologista está más asociado con los países del Norte y se orienta a la conservación de la naturaleza y control de la contaminación. Los problemas relacionados con la sobreexplotación de los recursos son transferidos a los países pobres, que están en su mayor parte en ecosistemas frágiles y complejos en áreas tropicales. Para el Sur, el ambientalismo está más asociado con cambios económicos, tecnológicos y sociales y también con la posibilidad de construir una racionalidad productiva alternativa⁶.

En consonancia con lo expresado hasta aquí, Leff considera que con el surgimiento de la cuestión ambiental, se ha ido configurando un pensamiento epistemológico cuyo objeto de reflexión es el ambiente, objeto que desborda los marcos epistemológicos de la modernidad⁷. Esta epistemología va construyendo el concepto de ambiente y configurando el saber que le corresponde, bajo una nueva racionalidad. La epistemología ambiental que plantea, pone en consideración, no sólo el problema de conocer a un mundo complejo, sino también, cómo el conocimiento genera la complejidad del mundo a través de una visión holística, integral y un pensamiento complejo.

Ante la crisis ambiental como crisis civilizatoria, el autor que seguimos, propone la construcción de un concepto de racionalidad ambiental capaz de orientar las acciones sociales hacia un futuro sustentable, sobre la base de principios teóricos y éticos diferentes a los de la racionalidad capitalista⁸.

Esta nueva racionalidad, se va constituyendo al contrastarse con las teorías, el pensamiento y la racionalidad de la modernidad. Este proceso, implica la formación de un nuevo saber y la integración interdisciplinaria del conocimiento⁹. El saber ambiental que surge en este contexto, sale del campo de la racionalidad científica y de la objetividad del conocimiento; constituyéndose dentro de una nueva racionalidad teórica, con nuevas estrategias conceptuales. Se va formando desde una posición crítica de la razón instrumental y de la lógica del mercado. Confronta con el saber dominante de la modernidad y este saber ambiental en el contexto latinoamericano, “reconoce las identidades de los pueblos, sus cosmologías y sus saberes tradicionales como parte de sus formas culturales de apropiación de su patrimonio de recursos naturales.”¹⁰

A modo de interrelacionar lo expuesto, para Boaventura de Sousa Santos, una de las cuatro grandes áreas de interés que presenta el actual contexto intelectual es la contradicción entre medidas urgentes y cambio civilizatorio, lo que podemos llevar al plano de la problemática ambiental que nos ocupa. Con esto se refiere a que por un lado, existe un sentimiento de urgencia por cambiar las cosas, y por otro, nos parece que los cambios tienen que ser de civilización, de

⁵ LEFF, E., “Pensamiento ambiental latinoamericano: Patrimonio de un Saber para la Sustentabilidad”, en *ISEE Publicación ocasional*, n° 6, 2009, s/d. [En línea] <http://www.cep.unt.edu/papers/leff-span.pdf> [Consulta: 05/04/2016].

⁶ LEFF, E., *Saber ambiental...*, ob. cit.

⁷ LEFF, E., *Aventuras de la Epistemología Ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes*, Siglo XXI Editores, México, 2006.

⁸ LEFF, E., *Racionalidad ambiental...*, ob. cit.

⁹ LEFF, E., *Saber ambiental...*, ob. cit.

¹⁰ LEFF, E., *Aventuras de la Epistemología Ambiental...*, ob. cit., p. 21.

largo plazo, se trata de un cambio de mentalidades, de sociabilidades, de maneras de vivir y de convivir¹¹.

La expresión de una nueva racionalidad y de un nuevo saber en materia jurídica, política e institucional es muy limitado e incipiente en nuestros países, con avances en reconocimiento de derechos pero con un lento proceso de implementación en el territorio. Ello se manifiesta en cada uno de los instrumentos de política y gestión ambiental. En este sentido, consideramos que las políticas ambientales deben incorporar este saber emergente a través de la educación, como un camino capaz de lograr ese cambio de mentalidades, de maneras de vivir. Por ello, haremos referencia a la gestión ambiental en general, para luego profundizar en las políticas públicas de educación ambiental y su marco normativo.

III. Educación ambiental

La gran significancia y alarma social que poseen las cuestiones socioambientales en la actualidad se percibe no sólo en el aumento de los materiales publicados en medios periodísticos y divulgativos sino también en las importantes reuniones y acciones emprendidas por organismos internacionales y gobiernos de la mayoría de los países del mundo. A pesar de dichos esfuerzos no parecen existir demasiados síntomas de mejoría en estas cuestiones.

En tal sentido, se considera que la información, educación y participación de la comunidad son imprescindibles para abordar la temática. Se plantea que uno de los instrumentos centrales para el cambio de actitud en la relación del ser humano con el medioambiente es la educación que informa, concientiza y forma ciudadanos responsables¹². Esto demuestra que de poco sirven la ciencia, técnica, ley y administración si no se concientiza a la población de las relaciones de interdependencia del ser humano con su medio ambiente natural, logrando el respeto por éste¹³.

A continuación nos detendremos en la noción de educación ambiental, que se dio a conocer oficialmente por primera vez en diversos foros a nivel mundial en la década del setenta. Desde ese momento su significado ha ido variando hasta la actualidad.

Como expresa González Gaudiano, la historia de la educación ambiental generalmente se remonta a 1972 con la Declaración de Estocolmo y en América Latina comienza a manifestarse en la década de los ochenta con características propias, a partir de eso se han construido diversas definiciones, con diferentes enfoques y criterios¹⁴.

Una de las principales nociones es la que se brindó en la Conferencia Intergubernamental de Educación Ambiental en el año 1977 (en Tbilisi), en la cual se la conceptualiza como un proceso permanente en el cual los actores sociales

¹¹ SANTOS, B., "Introducción: Las epistemologías del Sur", en *Una epistemología del Sur*, Siglo XXI Editores, México, 2012, p. 14.

¹² DURÁN, D., "La trama ambiental argentina y la educación", 2001 [en línea] http://www.ecoport.net/Temas_Especiales/Educacion_Ambiental/La_trama_ambiental_argentina_y_la_educacion [Consulta: 05/04/2016].

¹³ SESSANO, P., "El triángulo virtuoso de la educación ambiental", en *Anales de la educación común*, año 3, N° 8, Buenos Aires, 2007, p. 89.

¹⁴ GONZÁLEZ GAUDIANO, E., "Otra lectura a la historia de la educación ambiental en América Latina y el Caribe", en *Tópicos de Educación Ambiental*, N° 1, 1999, pp. 09-26.

adquieren conciencia de su ambiente y aprenden los conocimientos, los valores, las experiencias que los capacita para actuar, de manera individual o colectiva, en la resolución de las problemáticas ambientales.

Ese evento fue uno de los más significativos para la legitimación e institucionalización que fundamentaron el proceso de la educación ambiental en Latinoamérica, con la discusión de los principios básicos y su implementación. Del Informe Final se destaca que la definición de medio ambiente se ha ampliado, y comprende no sólo aspectos físicos y biológicos, sino también los problemas de desarrollo insuficiente y de pobreza que afectan especialmente a nuestra región. Además, se expresa que la educación ambiental debe tener presente la realidad del contexto donde se lleve a cabo.

Si tomamos los eventos propios de Latinoamérica, en el Taller de Educación Ambiental para la enseñanza secundaria de 1976 en Perú, la educación ambiental también se presenta como una acción educativa permanente para la toma de conciencia de la realidad local y global, contribuyendo al desarrollo de las habilidades y aptitudes de los educandos necesarias para la transformación¹⁵. Aquí se refuerza el papel de la educación ambiental latinoamericana como un camino para lograr la transformación y el cambio social; para lo cual no sólo debe promover el conocimiento de los problemas del medio natural, sino también mostrar sus causas y proponer soluciones posibles.

Desde una perspectiva más crítica, Sangronis Padrón entiende que la educación ambiental tiene una naturaleza política en tanto propugna la transformación de las estructuras sociales imperantes en el modelo civilizatorio en que vivimos. La educación ambiental debe estar orientada hacia una praxis que promueva la transformación social. Asimismo, el autor agrega que en la medida que la crisis ambiental no es ideológicamente neutra ni ajena a las relaciones hegemónicas de control económico y político en nuestra sociedad, la educación ambiental tampoco lo puede ser¹⁶.

Esa perspectiva más profunda es resultado de la discusión de muchos eventos y publicaciones. En la década del ochenta, aumentó el respaldo teórico y reflexivo para los procesos de educación ambiental. La década de los noventa comenzó con dos eventos importantes en Latinoamérica: la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992 y el Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental en Guadalajara ese mismo año. Como consecuencia de estos hitos, se hicieron más fuertes las iniciativas por incorporar la dimensión ambiental en el currículum de la educación básica; se buscó la formación de especialistas en temas ambientales; se promovió la realización de reuniones nacionales y regionales sobre el tema; entre otras¹⁷. Los documentos "Agenda 21", "Carta de la Tierra" y el "Tratado de Educación Ambiental para las Sociedades Sustentables y Responsabilidad Global" que está dentro del Tratado de las ONGs, se destacaron como los más importantes.

¹⁵ TEITELBAUM, A., *El papel de la educación ambiental en América Latina*, UNESCO, París, 1978, p. 51, citado en: GONZÁLEZ GAUDIANO, E., "Otra lectura a la historia...", ob. cit., p. 14.

¹⁶ SANGRONIS PADRÓN, J., "La naturaleza política de la educación ambiental", 2004 [en línea] http://www.ecoportel.net/Temas_Especiales/Educacion_Ambiental/La_Naturaleza_Politica_de_la_Educacion_Ambiental [Consulta: 05/04/2016].

¹⁷ GONZÁLEZ GAUDIANO, E., "Otra lectura a la historia...", ob. cit.

Luego, en 1994, se celebró el Seminario Taller Regional sobre Educación e Información en Medio Ambiente, Población y Desarrollo Humano Sustentable. Un año después, se convocó la Reunión para América Latina sobre la Gestión de Programas Nacionales de Educación y Capacitación para el Medio Ambiente y el Desarrollo en Ecuador. En 1997 se llevaron a cabo el II Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental en Tlaquepaque, México, el Congreso Internacional de Educación Ambiental en La Habana, Cuba, y el Congreso Nacional de Educación Ambiental en Brasilia, Brasil, consolidándose la temática en la región.

En lo concreto, Tréllez¹⁸ sostiene que los noventa fueron años de éxitos, aunque también de frustraciones; ya que por un lado se insertó la educación ambiental en los distintos niveles de educación, incluyendo el nivel universitario, y hasta en proyectos del ámbito público y privado; pero por otro lado, esto contrastó con el escaso impacto de las acciones educativas y la calidad regular de las propuestas, entre otras cosas.

Al comenzar el nuevo milenio tuvo lugar el III Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental en Venezuela, donde se discutió principalmente el papel de las organizaciones no gubernamentales ambientalistas de Iberoamérica. El IV Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental se celebró en el año 2003 en Cuba. En el marco de este evento se llevó a cabo el Segundo Simposio de Países Iberoamericanos sobre Estrategias y Políticas Nacionales de Educación Ambiental, donde se fortaleció la idea de una Alianza Latinoamericana y Caribeña para la Educación Ambiental en el marco de la Red de Formación Ambiental para América Latina y el Caribe.

En el año 2006 se llevó a cabo el V Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental en Brasil, orientado al fortalecimiento de las políticas públicas de Educación Ambiental en los países de la región.

En Argentina, en el año 2009 se realizó en San Clemente del Tuyú el VI Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental. Se debatió y se realizaron importantes aportes en torno a tres ejes: política y educación ambiental; las estrategias metodológicas en educación ambiental y la construcción del campo pedagógico ambiental. El último Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental se llevó a cabo en Perú en el año 2014, bajo el lema "Educarnos juntos para la sustentabilidad de la vida", entre los temas que se trataron se encuentran las políticas públicas de educación ambiental y la transformación social y cultural.

De lo anterior se desprende que, los Congresos Iberoamericanos de Educación Ambiental se han convertido en los foros más amplios de reunión, discusión y debate sobre las perspectivas de la Educación Ambiental de los países iberoamericanos. A través de sus ejes de discusión, se puede observar cómo el contexto tiene una fuerte influencia en el tipo de educación ambiental que se promueva.

En el contexto mundial, otro evento importante fue la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sustentable, conocida como Río+20, en 2012 en Brasil. La temática central fue economía verde como una de las más importantes para buscar el desarrollo sustentable, pero también tuvo debate sobre pobreza, recursos naturales, salud, agricultura, océanos, cambio climático, flo-

¹⁸ TRÉLLEZ SOLÍS, E., "Algunos elementos del proceso de construcción de la educación ambiental en América Latina", en *Revista Iberoamericana de Educación*, N° 41, 2006, p. 74 [en línea] <http://www.rieoei.org/rie41a02.pdf> [Consulta: 01/04/2016].

restas, agua y energía. En ese período de 20 años (1992-2012) entre las conferencias mundiales, aunque hubo discusiones y acciones más críticas que buscan la transformación, la educación ambiental se presenta dentro de un discurso aún superficial e ingenuo. Como afirman Guimarães y Morales¹⁹, hay intencionalidad de las clases dominantes en tornar hegemónica esa visión de educación ambiental. De esa manera, presentan la educación ambiental como la respuesta a una crisis socioambiental, constituyendo un vínculo superficial entre educación y desarrollo.

Para finalizar, es interesante destacar, que aun teniendo un discurso frágil algunas veces, la educación ambiental latinoamericana se fue constituyendo; influenciada por las experiencias de educación popular, comunitaria y participativa de la región; en una “educación ambiental comprometida con el cambio social y con la transformación de los modelos económicos de desarrollo”²⁰.

Así, se observa que las concepciones cambian de acuerdo con el proceso de construcción de la educación ambiental, por ser un campo de expansión y reformulación, transformando por medio de la problematización la propia percepción de medio ambiente.

IV. Marco normativo-institucional: reflexiones conceptuales

Luego de introducirnos en el marco teórico-epistemológico, haremos referencia concretamente a lo que entendemos por gestión ambiental, teniendo presente que la misma “[...] debe estar comprendida en el marco del proceso de desarrollo histórico, demográfico, social, cultural, político y económico de nuestros países, con todas sus peculiaridades, diversidad, potencialidades y limitaciones”²¹.

Es necesario seleccionar un concepto de gestión pública ambiental que incorpore por una parte una visión integral de los problemas y por otra, que permita considerar y comprender el conjunto de actividades que se desarrollan, en un sistema jurídico político específico, en un tiempo y lugar determinado, en contextos de análisis determinados.

La política ambiental en materia de educación ambiental y la política educativa en materia de educación ambiental son dos dimensiones en el entramado de las políticas del Estado en que se vinculan y coordinan dos áreas de gestión: una ambiental y la otra educativa. No son las únicas áreas que desarrollan educación ambiental pero se identifican como las áreas que diseñan y ejecutan políticas, programas, acciones y actividades en materia ambiental y de educación y se conjugan y complementan en la educación ambiental y en los aspectos que están relacionados. Existen innumerables desarrollos de la educación ambiental desde otras políticas en materia económica, cultural, de salud, agrícola, etc.; donde la transversalidad ambiental se manifiesta.

En este marco, podemos definir a la gestión ambiental como el “conjunto de actividades humanas encaminadas a procurar la ordenación del medio am-

¹⁹ GUIMARÃES, M., *Educação Ambiental: no o um embate?*, Papirus, Campinas, 2007. MORALES, A., *A formação do profissional educador ambiental*, 2ª ed., UEPG, Ponta Grossa, 2012.

²⁰ TRÉLLEZ SOLÍS, E., “Algunos elementos...”, ob. cit., p. 71.

²¹ CRONENBOLD BELLO, R., “La experiencia en Bolivia (1992-2002) a 10 años de la vigencia de la ley del medio ambiente”, en 1ª Conferencia Internacional sobre la Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina, FARN, 2002, p. 67.

biente y contribuir al establecimiento de un modelo de desarrollo sustentable”²². Se trata de un concepto amplio, que comprende tanto la gestión pública como privada del ambiente. En este caso, nos limitaremos a analizar la primera de ellas, teniendo en cuenta que se trata de una función primordialmente pública.

Brañes, destaca tres elementos de la gestión pública ambiental: la política, como “conjunto de acciones que se diseñan para alcanzar la ordenación del ambiente”; el derecho, en tanto “técnica social que procura inducir a los individuos a que observen determinada conducta”; y la administración, en razón del establecimiento de la gestión “como objetivo social y por ende como función estatal”²³.

Desde una perspectiva diferente, otro sector de la doctrina entiende que la gestión pública ambiental “[...] es la materialización de la incorporación de la dimensión ambiental en la planificación del Estado”²⁴. Además, la autora agrega que “[...] la Gestión Ambiental es dependiente del marco jurídico existente en el país, de la incorporación de la dimensión ambiental en la planificación del estado y de los instrumentos utilizados para materializar la gestión”²⁵.

Existen numerosas maneras de clasificar a la gestión pública ambiental, pero la que resulta de mayor utilidad para el propósito de este trabajo es aquella que la estructura según sus etapas. En este sentido, se puede decir que la gestión pública ambiental comprende tanto la formulación como la ejecución de las políticas ambientales²⁶. La primera etapa (formulación) hace referencia al conjunto de esfuerzos por precisar un mandato, proposición o política ambiental general mediante diferentes mecanismos institucionales y jurídicos. Dentro de la formulación se distinguen, a su vez, dos dimensiones: la jurídica y la institucional. Por su parte, la segunda etapa (implementación) es el conjunto de acciones que buscan plasmar en el territorio a las políticas ambientales formuladas y hacerlas cumplir a través de diferentes instrumentos de gestión de índole jurídica o institucional.

Quedándonos en la primera fase, entre el conjunto de instrumentos con que cuenta el Estado para diseñar una política y definir su decisión de actuar ante un problema público, se encuentra la formulación normativa de la política pública, que es un aspecto poco indagado en general de las políticas públicas.

Tomando de base este marco conceptual, nos referiremos a las políticas públicas de educación ambiental en particular, y especialmente a su formulación a través del marco normativo en Argentina y Brasil.

IV.a. Marco normativo argentino

Repasando el marco normativo atinente a la cuestión, podemos ver cómo se ha incorporado la dimensión ambiental, y particularmente la educación ambiental, en nuestro sistema jurídico e institucional.

²² BRAÑES, R., *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 117.

²³ BRAÑES, R., *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, ob. cit., p. 118.

²⁴ JULIÁ, M., “Problema de insertar la dimensión ambiental en lo institucional”, en *Anuario 1993*, Nº 1, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC), Advocatus, Córdoba, 1993, p. 172.

²⁵ JULIÁ, M., DEL CAMPO y FOA TORRES, *La institucionalización ambiental en Argentina*, Lerner, Córdoba, 2009, p. 19.

²⁶ JULIÁ, M., DEL CAMPO y FOA TORRES, *La institucionalización ambiental...*, ob. cit.

Luego de la reforma constitucional de 1994 en nuestro país se dio paso a un nuevo orden ambiental nacional en lo que al ordenamiento jurídico se refiere²⁷, especialmente a través de la incorporación del art. 41 en nuestra Carta Magna. De esta manera la República Argentina se adhirió a la corriente de constitucionalización de la protección del medio ambiente que se fue forjando en la última parte del siglo XX.

Entre los postulados del art. 41 se establece que las autoridades proveerán a la información y educación ambientales. Este mandato constitucional está orientado a todas las autoridades, ejecutivas, legislativas y judiciales, en sus diferentes funciones, lo cual implica la garantía del derecho que tienen los habitantes en materia ambiental.

Los organismos del estado encargados de atender estas cuestiones, son los que inician una tarea de divulgación e información de los problemas locales o regionales, también organizan y difunden acciones concretas y participan en tareas de educación ambiental formal y no formal.

Al mismo tiempo, es importante remarcar que, existe un desarrollo y organización de los sectores no gubernamentales que también participan de la difusión, divulgación e información de los problemas ambientales como de acciones y tareas de educación ambiental, generando sus propias formas de obtener, sistematizar y divulgar la información ambiental local y regional disponible.

De esta manera, se posiciona a la temática bajo análisis entre las materias que deben gestionar las autoridades ambientales en Argentina y que, por lo tanto, tienen el derecho a recibir los administrados. Todo ello nos lleva a considerar a la Educación Ambiental como un derecho/deber, dependiendo si estamos hablando de la ciudadanía o de la Administración, respectivamente. Las autoridades deben proveer el derecho en toda su amplitud y complejidad, ya que el art. 41 ha definido de manera amplia el concepto de ambiente y ha asociado a diferentes instrumentos o mecanismos su aplicación e implementación, como es el caso de la educación ambiental.

En esta misma línea, la Ley General del Ambiente 25.675, de 2002, que establece los objetivos de la política ambiental nacional, incorpora entre ellos en el art. 2º inc. h): "Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal"; lo que indica la trascendencia de la educación ambiental como objetivo de la política ambiental nacional.

En igual importancia coloca a la educación ambiental como uno de los instrumentos de la política y gestión ambiental (art. 8º), otorgándole a la educación ambiental un lugar entre los principales instrumentos de política y gestión a desarrollar. Luego se refiere nuevamente a ella como "[...] el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población" (art. 14).

Es trascendente la definición que expresa el art. 15 al establecer que "La educación ambiental constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a

²⁷ JULIÁ, M., "La discusión del concepto de presupuesto mínimo en el marco de un nuevo orden ambiental político, jurídico e institucional", en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 1, Lexis Nexis, Córdoba, 2005, pp. 99-101.

constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, deberá facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental”; definiendo las modalidades como pretende la norma profundizar y desarrollar este importante instrumento, mostrando una visión más amplia e integral del mismo.

Utiliza como mecanismo de coordinación para la implementación de las políticas en materia de educación ambiental el trabajo conjunto de los consejos federales en estas temáticas, asignándoles tareas específicas en el mismo art. 15: “Las autoridades competentes deberán coordinar con los consejos federales de Medio Ambiente (COFEMA) y de Cultura y Educación, la implementación de planes y programas en los sistemas de educación, formal y no formal”.

Al final del artículo establece que “Las jurisdicciones, en función de los contenidos básicos determinados, instrumentarán los respectivos programas o currículos a través de las normas pertinentes,” dejando el espacio para que cada provincia avance en la implementación territorial de acuerdo al marco normativo de cada administración.

Para complementar este marco general que nos da la ley 25.675, podemos citar otras leyes de presupuestos mínimos que hacen referencia a la educación ambiental como instrumento de gestión. Entre ellas, la ley 25.916 que regula los residuos domiciliarios, entre las atribuciones que tiene la autoridad de aplicación en el art. 25 establece: “d) Promover programas de educación ambiental, conforme a los objetivos de la presente ley”. La Ley de Presupuestos Mínimos sobre la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial 26.639, en su art. 10 inc. g), establece como una de las funciones de la autoridad nacional de aplicación: “Desarrollar campañas de educación e información ambiental conforme los objetivos de la presente ley”.

Todo ello pone de manifiesto el interés de utilizar el instrumento de la educación ambiental en la implementación de las políticas de presupuestos mínimos que se han establecido por parte de la Nación.

Esta tendencia cobró aún mayor impulso desde su inclusión en la Ley de Educación Nacional de 2006 (26.206), especialmente por los preceptos del art. 89²⁸. Sessano afirma que esta ley, si bien reconoce la necesidad de la educación ambiental, es incompleta al no proponer conceptos que ayuden a estructurar la acción, manteniendo tácitamente la mirada desarrollista que apuesta al crecimiento económico como forma de mejoramiento tanto de las condiciones ambientales, como de la calidad de vida²⁹.

Es importante destacar, siguiendo con la legislación en materia educativa, que ya en el año 1993 la Ley Federal de Educación 24.195 entre los principios generales de la política educativa, enumera en el art. 5º: “m) La conservación

²⁸ Art. 89, ley 26.206: “El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, dispondrá las medidas necesarias para proveer la educación ambiental en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo Nacional, con la finalidad de promover valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado y la protección de la diversidad biológica; que propendan a la preservación de los recursos naturales y a su utilización sostenible y que mejoren la calidad de vida de la población. A tal efecto se definirán en dicho ámbito institucional, utilizando el mecanismo de coordinación que establece el artículo 15 de la Ley N° 25.675, las políticas y estrategias destinadas a incluir la educación ambiental en los contenidos curriculares comunes y núcleos de aprendizaje prioritario, así como a capacitar a los/as docentes en esta temática”.

²⁹ SESSANO, P., “El triángulo virtuoso de la educación ambiental”, ob. cit.

del medio ambiente, teniendo en cuenta las necesidades del ser humano como integrante del mismo”, haciendo otras referencias al medio ambiente en varias partes de la misma. Además, la Ley de Educación Superior 24.521, entre los fines y objetivos de la educación superior establece el consolidar el respeto al medio ambiente (art. 3º).

Luego de este repaso, podemos observar que existe en el material normativo tanto ambiental como educativo expresas referencias al uso de la educación ambiental como instrumento de la política ambiental y educativa para formar los nuevos valores que se requieren para transformar la actitud y la acción del hombre hacia su entorno. En palabras de Telias: “el desafío radica en tener una norma nacional, una ley para todo el sistema educativo que se ocupe específicamente del tema, lo suficientemente amplia para abordar todas las problemáticas territoriales y donde se puedan adscribir las leyes jurisdiccionales”³⁰.

En un breve repaso por el plano institucional, específicamente referido a educación ambiental, debemos decir que en el año 1997 se inició la Estrategia Nacional de Educación Ambiental (ENEA), en el marco de un convenio con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a través de la Resolución 1346 de la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable. En el año 2006, se crea la Unidad de Coordinación de Educación Ambiental (UCOEA) dentro de la Subsecretaría de Coordinación de Políticas Ambientales. Entre sus líneas de acción, podemos destacar la Iniciativa de Educación Ambiental en Argentina (IDEAAR), la Infoteca Virtual de Educación Ambiental, entre otras líneas de trabajo y articulaciones. Actualmente la educación ambiental se encuentra dentro del Área de Prácticas Sustentables del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, lo que muestra cambios institucionales y disminución del espacio para la temática. En este breve repaso, se destaca la discontinuidad de las acciones y las articulaciones institucionales frágiles, como también la ausencia de una discusión continuada y crítica sobre los objetivos, actores y demandas de la educación ambiental³¹.

IV.b. Marco normativo brasilero

Teniendo presente las reflexiones del contexto mundial, la educación ambiental en Brasil emerge en la década de 1980 en el sistema jurídico e institucional. Se destaca la ley nacional 6938 de 1981, que establece la Política Nacional del Medio Ambiente, en la que la educación ambiental aparece como uno de los componentes que contribuye a la solución de los problemas ambientales y se debe ofrecer en todos los niveles de enseñanza y en la comunidad de manera general, consolidando la política ambiental de Brasil. También en esa década se sanciona la Constitución Nacional (1988), que destaca la educación ambiental en el art. 225, parágrafo 1, inciso 6, dejando claro la promoción de la misma para la preservación del ambiente.

En este camino de fortalecimiento de la educación ambiental en el contexto brasilero, también se pueden destacar las Redes de Educación Ambiental, con el objetivo de integrar y articular las instituciones y personas para que for-

³⁰ TELIAS, A., “La institucionalización del campo de la EA en la Argentina: un análisis posible de su construcción”, en *La educación ambiental en la Argentina: actores, conflictos y políticas públicas*, La Bicicleta, Buenos Aires, 2014, p. 125.

³¹ TELIAS, A., “La institucionalización del campo de la EA en la Argentina...”, ob. cit., p. 123.

men nexos regionales y locales en la difusión y en la discusión del tema, por medio de encuentros, talleres y divulgación de la información ambiental.

Así, en el II Foro Brasileiro de Educación Ambiental, en 1992, se constituye la Red Brasileira de Educación Ambiental (REBEA), a partir de la cual, cada Estado buscó formar sus redes locales, como por ejemplo, la Red Paulista de Educación Ambiental (REPEA), la Red Pantanal de Educación Ambiental (Red Aguapé), la Red de Educación Ambiental de la Región Sur (REASul), la Red de Educación Ambiental del Paraná (REA-PR), la Red Universitaria de Programas de Educación Ambiental para Sociedades Sustentables (RUPEA), y otras. Esas redes ganaron mayor apoyo en el inicio del siglo XXI y, junto con las Organizaciones No-Gubernamentales (ONGs), ejercen un importante papel en el proceso de profundización y extensión, en las acciones de educación ambiental e iniciativas gubernamentales.

Por medio de esas experiencias, en el año 1994 fue creado el Programa Nacional de Educación Ambiental (PRONEA), elaborado en conjunto por el Ministerio de Medio Ambiente (MMA) y Ministerio de la Educación (MEC). El PRONEA representa uno de los avances más significativos en la institucionalización de la educación ambiental en Brasil.

El PRONEA se compone de tres pilares: la capacitación de gestores y educadores, el desarrollo de acciones educativas y el desarrollo de instrumentos metodológicos que contemplen los distintos sectores de la sociedad. Presenta también siete líneas de acción: 1) educación ambiental en la enseñanza formal; 2) educación ambiental en el proceso de gestión; 3) campañas específicas de educación ambiental; 4) cooperación con los medios de comunicación y comunicadores sociales; 5) articulación e integración comunitaria; 6) articulación intra e interinstitucional, con el objetivo de promover el intercambio en el campo de la educación ambiental; y 7) creación de centros especializados en educación ambiental en todos los Estados³².

En 1996, es sancionada la Ley de Directrices y Bases de la Educación (LDB), que evidencia la dimensión ambiental en la educación escolar, en la amplitud de los procesos formativos de ciudadanos y en la introducción de nuevos temas. A partir de esa legislación, son aprobados en 1997 los Parámetros Curriculares Nacionales³³ (PCNs) por MEC, que definirán temas transversales como salud, ética, orientación sexual, pluralidad cultural y medio ambiente, lo cuales deberían insertarse en todas las áreas y conocimientos de la enseñanza primaria.

Con la sanción de la Política Nacional de Educación Ambiental (PNEA), ley 9795 de 1999, la educación ambiental en Brasil gana más espacio jurídico, político e institucional. En esta ley

“São entendidos como educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade estabelecem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas à preservação e à conservação do meio ambiente, o que reafirma um caráter interdisciplinar, sistêmico e integrador”³⁴.

³² Brasil, Ministerio de Meio Ambiente. Diretoria da Educação Ambiental, *Programa Nacional de Educação Ambiental - ProNEA*, MMA, Brasília, 2005.

³³ Es necesario destacar que ese documento es inspirado en el modelo educativo de España.

³⁴ Brasil, decreto-lei 9795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências, *Diário Oficial da União*, Brasília, 1999.

Recién en el año 2002, se reglamenta la ley 9795/99 y se crea el órgano gestor de la PNEA, definiendo las bases para su ejecución y fortaleciendo el Sistema Nacional de Medio Ambiente, ya que la política debe ser implementada en colaboración con los entes de la Federación.

En 2003, con la gestión del gobierno de Lula, es inaugurada la Comisión Intersectorial de Educación Ambiental (CISEA) en el MMA, con representaciones de todas las secretarías involucradas a ese Ministerio y con el objetivo de crear espacios para un proceso coordinado de consultas y deliberaciones, para promover la transversalidad interna de las acciones en educación ambiental desarrolladas por las secretarías y órganos vinculados. De esa manera, se establece una sinergia, siendo visible el diálogo constante entre las universidades, las redes de educación ambiental, el MMA y el MEC, reconocido como un paso importante para la ejecución de las acciones en educación ambiental en el gobierno federal e institucional.

Así, se destaca que el PRONEA creado en 1994, es revisado en 2004 nuevamente por el Departamento de Educación Ambiental (DEA) del MMA y por la Coordinación General de Educación Ambiental del MEC, mejorando sus objetivos y estrategias de acción con un enfoque más participativo. En la última versión del PRONEA, los temas principales son: la perspectiva de la sustentabilidad ambiental, las directrices de la transversalidad e interdisciplinariedad, la descentralización espacial e institucional, la sustentabilidad socioambiental, la democracia, la participación social, el perfeccionamiento y el fortalecimiento de los sistemas de enseñanza y otros que presentan nuevas interfaces con la educación ambiental³⁵. Este documento es reconocido como un importante orientador de políticas públicas de Educación Ambiental. Tal reconocimiento implica integrar procesos nacionales de educación ambiental y reafirmar la necesidad de una gestión democrática y compartida. De esta manera, es recomendado que las Comisiones Interinstitucionales de Educación Ambiental (CIEAs), vistas como representaciones estaduais, junto con las redes sociales en educación ambiental, sean fortalecidas y empoderadas, estimulando la participación y el ejercicio del control social³⁶.

Otras iniciativas del órgano gestor de la PNEA fueron: a) los Programas Municipios Educadores Sustentables (MES), coordinado por DEA/MMA, cuya implementación permite promover acciones integradas que potencializan la educación ambiental en la gestión municipal, con el objetivo de cambiar los espacios colectivos de los municipios en espacios educadores. Los municipios participantes del programa se comprometen a perfeccionar la legislación, construir Agenda 21 local y elaborar proyectos de captación de recursos para implementar lo que fue decidido por comités locales y foros deliberativos. b) También el Sistema Brasileiro de Información Ambiental (SIBEA), que es un espacio para que los educadores e instituciones tengan acceso a informaciones socioambientales.

Desde el año 2004 hay una acción llamada "Enraizamiento de la educación ambiental en las unidades federativas" que tiene los objetivos de: inducir y fortalecer las políticas públicas estaduais de educación ambiental, acompañar las CIEAs, fortalecer las redes sociales en educación ambiental y los colectivos

³⁵ Brasil, Ministerio de Meio Ambiente, Diretoria da Educação Ambiental, *Programa Nacional de Educação Ambiental - ProNEA*, MMA, Brasília, 2005.

³⁶ BARBOSA, L., "Políticas Públicas de educação ambiental numa sociedade de risco: tendencias e desafios no Brasil", en *IV Anais do Encontro Nacional da Anppas*, Brasília, 2008.

educadores y de medio ambiente³⁷. En esa perspectiva, también hay Comisiones de Medio Ambiente y Calidad de Vida (COM-VIDA) que estimulan el diálogo escuela - comunidad con foco en educación ambiental, inspirado en la idea de los “círculos de aprendizaje y cultura” de Paulo Freire y actualmente, hay COM-VIDA en todas las unidades de la Federación. Esos tipos de acciones articuladas ayudan a que las políticas públicas de educación ambiental adopten una perspectiva sistémica y prácticas dialógicas en la gestión pública.

En ese escenario, si bien, por un lado, la PNEA fue una conquista y un avance; por otro lado, como sostiene Soler, aunque han pasado más de quince años de su vigencia, aún carece de atención y superación de las fragilidades y de la relación no favorable de los recursos financieros destinados para las obras, proyectos y actividades ambientales —en especial para la ejecución del ProNEA y de la propia PNEA—³⁸. Soler remarca que esas fragilidades “(...) colabora para una discrepante, desarticulada e desintegradora política pública federal, estadual e/ou municipal em educação ambiental”³⁹.

En 2012, el Ministerio de Educación por medio de la Resolución 2, estableció las Directrices Curriculares Nacionales para la Educación Ambiental (DCNs) en las instituciones de Enseñanza Superior. En ellas, remarca que la educación ambiental debe ser trabajada de manera interdisciplinaria y transversal, garantizando al alumno el conocimiento de diversas disciplinas articuladas con el mismo propósito, como está previsto en la PNEA.

Actualmente, bajo el gobierno de Dilma Rouseff, la educación ambiental continúa dentro del MMA como Departamento en Educación Ambiental (DEA), pero en la Secretaría de Articulación Institucional y Ciudadanía Ambiental (SAIC) y en MEC en la misma Coordinación General de Educación Ambiental. Esta gestión ambiental coloca como tema prioritario al proceso de educación ambiental, por los intereses involucrados de distintos sectores y presión al gobierno actual.

V. Reflexiones finales

Para cerrar el recorrido realizado, podemos decir, que ante la degradación ambiental y la pobreza en América Latina, el reto consiste en construir una nueva racionalidad que supere a capitalista e instrumental, que nos oriente hacia un desarrollo sustentable y que sea propia de Latinoamérica.

Este cambio a nivel epistémico lleva a una modificación en la manera de percibir y pensar, interactuar y aprehender de los individuos. Entonces, debemos educar a las personas en el marco de este nuevo paradigma, criticando y poniendo en evidencia las falencias del conocimiento instrumental. Aquí se hace palpable la idea de la función social del conocimiento, lo que posibilita descubrir otras formas de aprehender el mundo, transformarlo y apropiarse de él, que sean compatibles con el uso adecuado de los recursos naturales.

En el marco normativo argentino, si bien, encontramos referencia a la educación ambiental tanto en el ámbito educativo como en el ambiental, que

³⁷ Los colectivos educadores están formados por personas vinculadas a instituciones, redes y movimientos sociales que actúan en procesos formativos de educación ambiental.

³⁸ SOLER, A., “10 anos de PNEA: algumas reflexões para o debate e consolidação”, en DID-FERREIRA, D., GUERREIRO, J. (Orgs), *VI Fórum Brasileiro de Educação Ambiental: participação, cidadania e educação ambiental*, Instituto Baía de Guanabara, Río de Janeiro, 2010.

³⁹ SOLER, A., “10 anos de PNEA...”, ob. cit., p. 105.

incorporan políticas, programas y acciones en educación ambiental, el desafío consiste en analizar, desarrollar y profundizar las políticas propuestas en ese marco normativo vigente. En este sentido, es importante remarcar que la sola incorporación en las leyes no alcanza para la implementación efectiva de la educación ambiental, aunque sería importante, considerando que se trata de un instrumento de política y gestión ambiental, generar una ley específica del tema, una ley de presupuestos mínimos que garantice una educación ambiental mínima y uniforme, estableciendo lineamientos de base para todo el país. En la actualidad, la educación ambiental en Argentina no está consolidada, particularmente en el campo de las políticas públicas los intentos por institucionalizarla son insuficientes, débiles e inconsistentes. Aunque, podemos observar una importante interacción con instancias de coordinación de las políticas de educación y ambientales a través de sus Consejos respectivos (federal de educación, federal de medio ambiente), procurando luego consensuar con las provincias los principales ejes de desarrollo de la temática.

En Brasil, hay un camino de institucionalización más consolidado, pero el principal reto de las políticas públicas de educación ambiental lo constituye trabajar en un régimen colaborativo para una propuesta político pedagógica de educación para sustentabilidad. Es importante remarcar que la educación ambiental tuvo avances, pero aún presenta fragilidades en el ambiente político, dependiendo de los intereses de cada representante político y partidario vigente en el contexto brasilero. Se percibe que la institucionalización de la educación ambiental en Brasil, asume un entendimiento de la dinámica a lo largo del tiempo, refiriendo a un entrecruzamiento de diferentes discursos y acciones. Poco a poco, eso se constituye en un área de saber particular, configurando el proceso formativo de la educación ambiental, el cual, muchas veces, es conflictivo, discontinuo y contradictorio.

A partir de esta realidad, nos preguntamos: ¿Cuáles son las características de las políticas públicas de educación ambiental que se desarrollan en Argentina y Brasil? ¿Son diferentes los procesos de institucionalización? ¿Por qué?

Por lo pronto, consideramos que, debe tratarse de una educación contextualizada, que genere un pensamiento crítico y emancipador para América Latina, superadora de la educación instrumental que ha utilizado la educación para sus propios fines. En este sentido, el papel de las políticas públicas en materia de educación ambiental es estratégico, debiendo constituir una acción transformadora y comprometida con la gestión de la realidad social. Por eso, es importante conocer las políticas públicas de educación ambiental y poder comprender el escenario de América Latina.

Bibliografía

BARBOSA, L., "Políticas Públicas de educação ambiental numa sociedade de risco: tendencias e desafios no Brasil", en *IV Anais do Encontro Nacional da Anppas*, Brasília, 2008.

BRAÑES, R., *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

CORREA DELGADO, R., "Una academia comprometida con las necesidades de América Latina", en *Icosos. Revista de Ciencias Sociales*, N° 30, Quito, 2013.

CRONEMBOLD BELLO, R., "La experiencia en Bolivia (1992-2002) a 10 años de la vigencia de la ley del medio ambiente", en 1ª Conferencia Internacional sobre la Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina, FARN, 2002.

DURÁN, D., "La trama ambiental argentina y la educación", 2001, [en línea] http://www.ecoport.net/Temas_Especiales/Educacion_Ambiental/La_trama_ambiental_argentina_y_la_educacion [Consulta: 05/04/2016].

GONZÁLEZ GAUDIANO, E., "Otra lectura a la historia de la educación ambiental en América Latina y el Caribe", en *Tópicos de Educación Ambiental*, N° 1, 1999.

GUIMARÃES, M., *Educação Ambiental: no o um embate?*, Papirus, Campinas, 2007.

JULIÁ, M., "La discusión del concepto de presupuesto mínimo en el marco de un nuevo orden ambiental político, jurídico e institucional", en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 1, Lexis Nexis, Córdoba, 2005.

— "Problema de insertar la dimensión ambiental en lo institucional", en *Anuario 1993*, N° 1, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC), Advocatus, Córdoba, 1993.

JULIÁ, M., DEL CAMPO, C. y FOA TORRES, J., *La institucionalización ambiental en Argentina*, Lerner, Córdoba, 2009.

LEFF, E., *Aventuras de la Epistemología Ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes*, Siglo XXI Editores, México, 2006.

— "Pensamiento ambiental latinoamericano: Patrimonio de un Saber para la Sustentabilidad.", en *ISEE Publicación ocasional*, N° 6, 2009, s/d. [En línea] <http://www.cep.unt.edu/papers/leff-span.pdf> [Consulta: 05/04/2016].

— *Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza*, Siglo XXI Editores, México, 2004.

— *Saber ambiental: Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, Siglo XXI Editores, México, 1998.

MORALES, A. G., *A formação do profissional educador ambiental*, 2ª ed., UEPG, Ponta Grossa, 2012.

SANGRONIS Padrón, J., "La naturaleza política de la educación ambiental", 2004 [en línea] http://www.ecoport.net/Temas_Especiales/Educacion_Ambiental/La_Naturaleza_Politica_de_la_Educacion_Ambiental [Consulta: 05/04/2016].

SANTOS, B., "Introducción: Las epistemologías del Sur", en *Una epistemología del Sur*, Siglo XXI Editores, México, 2012.

— *Una epistemología del SUR: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, Siglo XXI Editores - CLACSO, México, 2009.

SESSANO, P., "El triángulo virtuoso de la educación ambiental", en *Anales de la educación común*, año 3, N° 8, Buenos Aires, 2007.

SOLER, A., "10 anos de PNEA: algumas reflexões para o debate e consolidação", en DID-FERREIRA, D., GUERREIRO, J. (Orgs), en *VI Fórum Brasileiro de Educação Ambiental: participação, cidadania e educação ambiental*, Instituto Baía de Guanabara, Río de Janeiro, 2010.

TELÍAS, A., "La institucionalización del campo de la EA en la Argentina: un análisis posible de su construcción", en *La educación ambiental en la Argentina: actores, conflictos y políticas públicas*, La Bicicleta, Buenos Aires, 2014.

TRÉLLEZ SOLÍS, E., "Algunos elementos del proceso de construcción de la educación ambiental en América Latina", en *Revista Iberoamericana de Educación*, N° 41, 2006. [en línea] <http://www.rieoei.org/rie41a02.pdf> [Consulta: 01/04/2016].



EN DEFENSA DE UNA TEORÍA DELIBERATIVA NEOREPUBLICANA*

PUNTOS Y CONTRAPUNTOS CON LA POSTURA TEÓRICA DE A. GREPPI**

*Nicolás Emanuel Olivares****

Resumen: Recientemente, A. Greppi (2012) ha explicitado un detallado y reflexivo diagnóstico acerca de las actuales condiciones normativas no ideales de las sociedades democráticas contemporáneas. Como resultado de sus observaciones, se enuncia una profunda crisis del constitucionalismo democrático, en tanto esquema teórico y práctico válido para pensar y accionar el ideal democrático de gobierno. Las causas son numerosas y se emparentan con procesos iniciados a mediados o fines de los años 80' del siglo XX pasado. Como respuesta a esta debacle, este autor sugiere, no reemplazar, sino resignificar el constitucionalismo democrático desde una perspectiva deliberativa discursiva. En este trabajo nos detendremos a analizar las ventajas y desventajas de esta postura. Nuestra hipótesis central es que más allá del acierto de su diagnóstico y perspectiva de solución, existen ciertos aspectos del planteo teórico de A. Greppi que merecen ser revisados. Sin estas mejoras, el deliberativismo discursivo defendido por aquel filósofo español pecaría por exceso (populismo) o por defecto (libertarismo).

Palabras clave: legitimidad política - eficacia política - democracia deliberativa - concepción discursiva - concepción neorepublicana.

1. Puntos de partida

Desde mediados de los años '80 del siglo XX pasado, los teóricos de la democracia han diagnosticado la crisis de nuestras instituciones políticas y han defendido en numerosos casos un giro deliberativo.

Este último implica adoptar una particular concepción normativa de la democracia, la cual puede denominarse deliberativa, conforme la cual la legitimidad de las normas, instituciones y medidas políticas reales depende de la existencia de un intercambio argumentativo público, inclusivo, imparcial, sea real o hipotético, entre todos los ciudadanos afectados por la norma, institución, o medida en cuestión.

Nuestro objetivo general en este trabajo es presentar una concepción deliberativa neorepublicana como propuesta de solución a aquella crisis del constitucionalismo democrático. El desarrollo de los presupuestos de esta concepción se efectuará por contrastación con la propuesta deliberativa discursiva de A. Greppi.

* Recibido 06/05/2016 - Aprobado 05/09/2016.

** Agradezco a M. Benente y A. Medici por sus generosos comentarios efectuados a una versión preliminar de este trabajo.

*** Títulos: Abogado (UNC), Profesor Universitario (UCC). Estudios en curso: Doctorando en Derecho y Cs. Sc. (UNC), Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), Becario doctoral CONICET. Labor docente: Profesor en Historia Constitucional (UNLPam), Profesor en Derecho Constitucional (UNC). Lugar de Trabajo: CIJS-UNC. E-mail: olivares.nicolasemanuel@gmail.com.

Dado este particular marco conceptual, es que en este trabajo nos proponemos los siguientes objetivos específicos: a) reconstruir los argumentos ofrecidos por A. Greppi en defensa de un constitucionalismo democrático resignificado desde un enfoque deliberativo discursivo; b) emitir ciertas objeciones contra los argumentos ofrecidos por A. Greppi en defensa de su postura teórica; y 3) proponer una vía de salida deliberativa neorepublicana a los problemas teóricos identificados.

2. Crisis es el diagnóstico

Recientemente, el filósofo español A. Greppi (2012) ha desarrollado un elaborado y juicioso relato acerca de las condiciones de posibilidad de las democracias contemporáneas. El diagnóstico inicial de este autor es que la democracia, corre serios riesgos de transformarse en su contrario si no atiende adecuadamente a ciertos desafíos. El mundo actualmente asiste a una crisis política sin precedentes, para la cual se han venido ensayando respuestas desde fines de 1980. La crisis alcanza al Estado democrático y sus principios de gobierno (representatividad y división de poderes). El Estado democrático, en tanto entidad política reguladora de la vida política de los ciudadanos está en crisis. Entre numerosos factores causales de dicha crisis, A. Greppi destaca dos principales o centrales (Greppi, 2012: 13-16).

Por un lado, actualmente existen numerosas organizaciones intermedias, entre el poder político nacional formal y la sociedad civil, que no están sujetas al control político de los ciudadanos ni de sus representantes, y por tanto se vuelven organizaciones antidemocráticas. En otras palabras, estamos asistiendo a la emergencia de nuevos poderes autocráticos que imponen a nuestras democracias sendos desafíos prácticos y teóricos (Greppi, 2012: 15).

Estas organizaciones atentan contra uno de los bienes más preciados para un deliberativista discursivo, a saber: la existencia de una esfera pública de discusión y decisión política, en la cual no existan agentes corporativos, sean ellos privados o públicos, que distorsionen el circuito comunicativo existente entre ciudadanos y representantes (Greppi, 2012, 2013; Habermas, 1998, 2004). La idea de fondo aquí, es que el sistema de producción de normas coercitivas, debiera desarrollarse en un proceso complejo de doble escala, donde primero los ciudadanos construyen libremente sus opiniones políticas, y en base a ellas eligen a sus nuevos representantes, o bien influyan en los ya designados, para que transformen aquellas opiniones en normas, instituciones o medidas políticas obligatorias (Greppi, 2012, 2013; Habermas, 1998, 2004). En caso de existir agentes estatales o privados que interrumpan ese circuito o lo distorsionen, sea en la fase formativa de las opiniones políticas, o bien en las etapas receptivas, o de sanción, y de aplicación de normas, la autonomía política de los ciudadanos se vería seriamente afectada.

Por otro lado, a más del surgimiento de aquellos poderes opacos reales no controlados, las instituciones políticas democráticas están en crisis, atento pierden constantemente eficacia y legitimidad frente a una realidad contemporánea de tipo plural, postsoberana, y compleja (Greppi, 2012: 91-94).

El calificativo *plural* refiere a que en siglo XXI no existe una concepción política, moral, religiosa, científica, que se erija como indiscutida o principal. Los

ciudadanos adhieren a perspectivas del mundo político y personal muy diversas y en muchos casos contradictorias.

El término *postsoberano* refiere a que el tradicional principio de soberanía nacional ha sido desbordado. Al respecto, algunos anuncian el fin de dicho principio, otros ponen de sobresalto su crisis. De todos modos, lo relevante es que la unidad política moderna del Estado Nación no posee la eficacia ni legitimidad que otrora poseyó.

La *complejidad* de la actual situación política mundial, queda evidenciada por estas dos adjetivaciones políticas aquí brevemente reseñadas (plural y postsoberana) a la par que se alimenta de otros factores igual de relevantes. Entre estos últimos destacan los conflictos medioambientales.

En este marco político plural, postsoberano, y complejo, el constitucionalismo democrático, erigido en fundamento de las democracias modernas occidentales, ha entrado también en crisis. Las causas de este cimbronazo teórico y práctico pueden hallarse en la historia constitucional. En este sentido, cabe señalar que el escenario político del siglo XIX para el que fue pensado el constitucionalismo democrático era completamente opuesto al actual. La sociedad democrática era más o menos homogénea (o así se pretendía), soberana, y relativamente sencilla. El constitucionalismo democrático constituyó en el siglo XIX un verdadero programa de gobierno, no solo en términos de valores políticos, traducidos en derechos, deberes y garantías constitucionales, sino también en instituciones políticas concretas (Gargarella, 2014b: 49-90). Al moverse las bases empíricas que dieron causa a este sistema democrático de poder, es que sus presupuestos teóricos y prácticos crujieron en miles de pedazos (Greppi, 2012: 91-98).

A. Greppi señala que para comprender más cabalmente a que nos referimos con crisis de la representación democrática, primero debemos definir con precisión que entendemos por esta última (Greppi, 2012: 43-44). Una posible acepción del término *representación democrática*, señala que es aquella en la que "...el/los representante/s además de 'actuar en nombre y por cuenta de otro', conforme a la acepción iusprivatista del término, consiguen 'reflejar' o 'reproducir' la voluntad o el interés de los ciudadanos" (Greppi, 2012: 44). Esta concepción sería la adoptada, generalmente, por los convencionales constituyentes del siglo XIX.

Sin embargo, A. Greppi señala que "Hay al menos dos circunstancias que obligan a revisar, y finalmente abandonar, la noción intuitiva de representación, aquella que aspira a la correspondencia, la equivalencia o la simetría de las tendencias u orientaciones presentes en una comunidad política con los resultados del proceso político, esto es, y sin entrar en mayores complicaciones, las decisiones de los representantes" (Greppi, 2012: 44-45). La primera causa se relaciona con la reducción del espacio político convencional, cediendo terreno a un frenético proceso de despolitización e individuación en el que los ciudadanos toman en sus manos determinadas decisiones y las sacan de la esfera pública de actuación (Greppi, 2012: 45). La segunda causa, se emparenta con un galopante proceso de fragmentación del espacio político público, el cual ha dejado de estar en manos exclusivas del Estado para pasar a compartir la conducción, o incluso perderla, en manos de entidades políticas o no políticas no popularmente electas ni popularmente controlables (Greppi, 2012: 45).

Dado este particular diagnóstico de la realidad democrática contemporánea, es que A. Greppi señala que lo más perjudicial para la efectiva y adecuada realización del ideal regulativo deliberativo, no es principalmente la pérdida de soberanía estatal, sino la degradación, destrucción, aniquilamiento de un espacio político común donde poder construir preferencias políticas ciudadanas que sean vinculantes para los representantes (Greppi, 2012: 46).

Teniendo en consideración estas dos graves dificultades, impedimentos, barreras o bien condiciones de no posibilidad de la adopción de una concepción refractaria o especular de la representación, cabría señalar que “...el *tipo de representación* al que hoy podemos sensatamente aspirar no podrá ser reconducido ya al esquema, sólo aparentemente claro, de la *correspondencia*” (Greppi, 2012: 46).

La complejidad de la situación es tal que las estructuras políticas tradicionales de la representación política son ineficaces al momento de vehicular las demandas de los ciudadanos, así como no favorecen un adecuado proceso de construcción de opiniones debidamente informadas. Las instancias de discusión y decisión son muy complejas, desarrollándose en diversos enclaves, espacios y niveles de poder. Esta última característica de los procesos democráticos contemporáneos es la que le vale el rótulo de democracias multinivel o bien estructuras políticas multinivel (Greppi, 2012: 47).

3. Una propuesta deliberativa discursiva

Ante este particular escenario, las respuestas teóricas han sido variadas. En particular A. Greppi identifica cuatro perspectivas diversas, de las cuales critica las primeras tres y defiende una cuarta (Greppi, 2012: 91-98).

Las primeras dos perspectivas, neolibertaristas y neopopulistas, son definidas por el autor como fuerzas antidemocráticas. Estas dos corrientes amenazan los ideales políticos de autogobierno y no dominación política defendidos por el constitucionalismo democrático. La primera de ellas (neoliberalista) propone una democracia mínima que atenta principalmente contra el valor político de justicia social. La segunda (neopopulista) pretende concentrar el poder en un líder carismático, atentando contra el valor político de legitimidad democrática (Greppi, 2012: 91-92).

Una tercera corriente teórica identificada por A. Greppi, no sería en principio antidemocrática pero sus efectos tenderían a volverla tal. Esta tercera perspectiva es la que el autor denomina como la ideología de la flexibilidad y que entendemos como un cooperativismo democrático de tipo radical antiestatalista dado entre ciudadanos. La propuesta aquí es adoptar un sistema institucional completamente nuevo donde el Estado cumpla un rol secundario o disminuido, siendo la sociedad civil el agente político a cargo (Greppi, 2012: 99-113).

Una cuarta corriente teórica recomienda adoptar un diseño institucional de gobierno adaptado al contexto plural, postsoberano, complejo, lo cual implica una importante flexibilización de los diseños institucionales tradicionales del constitucionalismo democrático. Sin embargo, no reniega de los principios normativos propuestos desde este último, ni quita de su lugar de actor principal al Estado Nacional (Greppi, 2012: 12, 98). Muy por el contrario, esta perspectiva deliberativa cooperativa constitucional, resignifica los principios constitucionales democráti-

cos (en particular los de representación política y separación de poderes), a la par que otorga un rol coordinador central al Estado Nacional (Greppi, 2012: 118-128).

En cuanto a los valores políticos del constitucionalismo democrático, A. Greppi señala que dadas las condiciones empíricas no ideales actuales resulta fundamental que la democracia se afiance como un proceso que trate a todos los ciudadanos como libres e iguales, protegiendo su efectiva capacidad de influencia y control político sobre los asuntos de gobierno (Greppi, 2012: 12).

A su vez, partiendo de una definición compleja del ideal democrático deliberativo, la cual incluye un elemento normativo (legitimidad y justicia social) y un elemento empírico (eficacia y legitimación), es que A. Greppi sostiene que la democracia deliberativa constitucional no solo debe adoptar reglas que incorporen los principios de libertad e igualdad política, sino también reglas que implemente ciertos mecanismos de representación y división de poderes (Greppi, 2012: 12).¹

El *principio de representación política* es entendido aquí desde una perspectiva deliberativa, siendo los representantes los encargados de receptor las opiniones construidas y sostenidas por los ciudadanos en los foros públicos y defender dichas opiniones con iguales o mejores argumentos en los foros públicos formales, así como transformarlos en normas de derecho positivo coercitivas (Greppi, 2012: 12).²

Desde esta *concepción deliberativa de la representación política*, se sostiene la idea de que "...La voz que expresa la voluntad soberana no está ni del lado de los representantes, como siempre han dicho los elitistas, ni del lado de los Ciudadanos, como han pretendido los populistas, sino que emerge paulatinamente en el continuo intercambio entre los distintos niveles de formación de la opinión y la voluntad" (Greppi, 2012: 79).

En relación al rol del Estado de Derecho, A. Greppi plantea una fuerte imbricación entre el rol del Estado Nacional y el *principio de división de poderes*, sosteniendo por tesis que el Estado Nacional debe coordinar a la par que garantizar la existencia de un proceso deliberativo de discusión pública libre de interferencias arbitrarias y de dominación (Greppi, 2012: 12). Por su parte, el principio de división de poderes constituiría una garantía fundamental de la posibilidad misma de autogobernarnos, ya que posibilita la transparencia, publicidad, y reflexividad crítica de los ejercicios de deliberación y decisión políticas efectuados en un sistema democrático (Greppi, 2012: 12).

¹ A. Greppi brinda una particular definición del ideal democrático deliberativo que combina ambas preocupaciones (normativa y empírica), a saber: "...las reglas de la democracia no son solamente, como tienden a pensar politólogos y juristas, criterios procedimentales más o menos eficientes para la adopción de decisiones; pero no son tampoco, como quieren creer los filósofos moralistas, un mero reflejo de los principios de la razón pública. Por el contrario, han de ser entendidas al mismo tiempo como el marco de referencia indispensable en los procesos de formación de la opinión y de la voluntad" (GREPPI, 2012: 12).

² Aquí A. Greppi asume una teoría de la representación política deliberativa, análoga a la defendida por C. S. Nino. Esta teoría se propone como un término intermedio, un justo medio entre las teorías extremas de la independencia de la representación y de la dependencia de la representación. Al respecto, C. S. Nino sostiene que los representantes políticos son elegidos por los ciudadanos, a los fines de que continúen la deliberación política iniciada en los foros públicos informales, tutelando así los intereses, posturas, y argumentos asumidos por sus representados, pero conservando los representantes cierta flexibilidad para optar y argumentar en defensa de aquello que sinceramente creen contribuye al interés político general o bien común (NINO, 1992).

En resumidas cuentas A. Greppi señala que los principios de representación política y de división de poderes, propios del constitucionalismo democrático deben ser resignificados como posibilitadores causales y normativos de la existencia de un genuino y adecuado proceso de formación y contrastación de opinión pública (Greppi, 2012: 12).

Por otro lado, A. Greppi enumera aquellos estándares normativos y empíricos que considera fundamentales para evaluar la calidad deliberativa de las instituciones políticas. Los criterios normativos explicitados son los de *inclusividad* y *paridad*, mientras que los empíricos son los de *traslación* y *capacidad* (Greppi, 2012: 126-127).

El principio normativo de *inclusividad* refiere a que todos los afectados directa o indirectamente por el tema en cuestión, sean ciudadanos o meros habitantes, siempre que posean un interés político legítimo en dicho tópico, deben tener la posibilidad genuina y adecuada de participar directamente, o bien estar representados en el proceso de deliberación y decisión política (Greppi, 2012: 126).

El principio normativo de *paridad* hace alusión a que dichos afectados deben ser tratados como seres racionales y razonables, iguales en dignidad política, siendo respetados por igual sus argumentos, garantizando una equitativa participación en el debate, así como un igualitario poder de influencia y control sobre la decisión posteriormente adoptada (Greppi, 2012: 126).

El principio empírico de *traslación*, requiere que exista en la sociedad democrática en cuestión un respeto irrestricto por los necesarios pasos del modelo comunicacional de doble escala. Es decir, resulta indispensable que los representantes políticos garanticen la formación libre y debidamente informada de las preferencias políticas ciudadanas, receptándolas en sus debates institucionales formales y transformándolas en normas jurídicas positivas (Greppi, 2012: 127).

El principio empírico de *capacidad* solicita que los representantes políticos de los ciudadanos, en tanto sujetos individuales, o como instituciones públicas, sean capaces de implementar la voluntad política construida deliberativamente en el circuito comunicativo antes mencionado (Greppi, 2012: 127)³.

Por otro lado, el filósofo español va a más y señala que “Mientras no se ponga en marcha el proceso de representación, no hay ningún objeto que pueda ser *proyectado* al espacio público. No existe *nada que representar*” (Greppi, 2012: 59). Ello se debe a que “...las demandas, intereses y necesidades no se presentan *inmediatamente* ante el espejo de la conciencia del ciudadano, la clase o la comunidad política, no se hacen patentes *de forma espontánea*, no *salen a la luz* sin antes pasar por un proceso de elaboración pública...en el que juega un papel determinante la presencia de mediaciones representativas” (Greppi, 2012: 59).

En otras palabras, contra la perspectiva democrática agregativa, la cual sostiene una concepción especular de la política, en la que el proceso político

³ A. Greppi señala que los requisitos necesarios y suficientes para tener una democracia deliberativa legítima y eficaz son: a) garantía constitucional y material de los valores políticos de libertad e igualdad; b) protección constitucional y efectiva de los derechos sociales; c) instancias múltiples y adecuadas de sufragio ciudadano; d) establecimiento y manutención de un robusto sistema educativo público orientado no solo al conocimiento científico sino también a que los estudiantes desarrollen virtudes cívicas; y e) explicitación y aplicación de reglas constitucionales y legales de representación política y división de poderes que promuevan una genuina libre e informada formación de opiniones públicas entre los ciudadanos, así como poderes públicos constituidos protectores de la misma (GREPPI, 2012: 127).

debe simplemente reflejar los intereses ciudadanos, definiendo así a los intereses políticos como dados o preconstituidos, la democracia deliberativa asume una concepción reflexiva de la política, conforme la cual es en el proceso político mismo en el que se constituyen totalmente los criterios evaluativos y las preferencias e intereses ciudadanas (Greppi, 2012: 59).

Estas afirmaciones acerca del *nada que representar* y de que los criterios y preferencias se *construyen complementemente* al interior del debate real, como veremos más adelante, será causal de fuertes críticas contra el planteamiento de este filósofo español.

De este modo, para un adecuado y efectivo funcionamiento del sistema democrático deliberativo, es decir para una buena performance del mismo en términos de legitimidad y efectividad política, se requiere tanto de instituciones, que promuevan, fomenten, garanticen, y protejan un proceso ciudadano, público, libre e informado de formación y contrastación de opiniones políticas, así como de ciudadanos atentos, dispuestos, alertas, críticos, que influyan decisivamente y controlen dicho proceso, y estén abiertos a transformar, mudar o revisar sus intuiciones políticas (Greppi, 2012: 59-60).

Sin embargo, a la par que afirma esto, A. Greppi señala que *no es relevante o no tan relevante detenerse a analizar o ensayar diseños institucionales más o menos imaginativos, incluso no es necesario modificar drásticamente los diseños políticos actuales*, sino promover un adecuado proceso de circulación del poder político comunicativo (Greppi, 2012: 35). Esto como veremos más adelante constituye fuente de sólidas críticas contra el planteamiento del filósofo español, quitándole notablemente a sus teorizaciones potencialidad crítica y capacidad de injerencia práctica.

Ahora bien, ¿puede aplicarse sin más esta nueva concepción de la representación política a los diseños institucionales actuales?, ¿pueden sostenerse de forma invariable los mismos agentes, mecanismos, poleas de transmisión, engranajes y demás elementos del sistema democrático?, ¿deben acaso introducirse modificaciones en estos aspectos?, en caso afirmativo ¿de qué tipo serían aquellos cambios institucionales, moderados o radicales? (Greppi, 2012: 61-64).

En respuesta a estos interrogantes A. Greppi señala que "...no basta con acortar la distancia entre ciudadanos e instituciones o con hacer presentes los verdaderos intereses del pueblo para mejorar el proceso representativo. Hay que preguntarse, además, cuáles son las condiciones del entorno comunicativo en el que cualquier variante institucional de la representación está inmersa" (Greppi, 2012: 63-64).

Acto seguido, A. Greppi analiza distintos tipos de diseños institucionales deliberativos participativos que intentan, por un lado, acortar la distancia entre lo que desean los representados y lo que producen las instituciones representativas, y por el otro, hacer presentes en los procesos deliberativos y decisorios a determinados grupos minoritarios de ciudadanos marginados (Greppi, 2012: 64-77).

Como resultado de un análisis crítico, más o menos abarcativo, A. Greppi se muestra escéptico frente a las supuestas bondades que acarrearía la implementación efectiva de estos ensayos institucionales, avalando así conscientemente una suerte de *status quo institucional* resignificado desde la teoría deliberativa. Esto coloca a las teorizaciones de A. Greppi en una *perspectiva acomoda-*

ticia en el plano institucional y lo aleja de una versión democrática más radical. Este aspecto del planteo de A. Greppi será fuertemente criticado más adelante.

Según A. Greppi, dos pecados capitales de muchas de las propuestas deliberativas institucionales que tienen por meta acortar las distancias representativas, son la excesiva confianza en la capacidad transformativa de las instituciones políticas formales, así como la limitación del proceso democrático deliberativo a discusiones locales, comunales, ciudadanas, de foros pequeños. En el primero de los casos, ello implica desconocer la relevancia de la historia y práctica constitucional. En el segundo caso, impide la formación de genuinos intereses ciudadanos generales, orientados a una noción deliberativa de bien común (Greppi, 2012: 66-67).

Sin embargo, resulta a todas luces desacertado desacreditar a priori todo diseño o aparato institucional innovador, por dos objeciones, que no aplican de ninguna manera a todos los experimentos deliberativos innovativos. De hecho, la doble crítica de A. Greppi solo califica para aquellas propuestas deliberativas que son netamente institucionalistas y no tienen en cuenta la relevancia de las virtudes cívicas, así como para aquellas que proponen diseños de escala pequeña o micro y no adoptan un enfoque macro sistémico. A este aspecto problemático de la postura de A. Greppi nos referiremos luego.

En este marco, A. Greppi señala que “Buscábamos una alternativa deliberativa a la pesada maquinaria de la representación. Y la conclusión a la que llegamos es que ni siquiera las mejores propuestas disponibles llegan tan lejos. No bastan por sí mismas. No es que sean desdeñables, o inaplicables, pero su capacidad para producir efectos de largo alcance depende de las características del entorno en que se desarrollan. Dependen, en concreto, de que tengan la fortuna de insertarse en procesos suficientemente bien articulados de formación de la opinión pública.” (Greppi, 2012: 70-71).

A. Greppi considera que las propuestas de mecanismos institucionales deliberativos son

“...al mismo tiempo, utópicos e insuficientes: utópicos en el peor sentido, porque la generalización de los instrumentos alternativos de representación no es sostenible o no tiene visos de producir en cantidades suficientes los efectos deseados, esa moralización de la vida pública que sería necesaria para la repolitización de la democracia existente; y, a la vez, insuficiente porque la incorporación de estas técnicas solo produce cambios de corto alcance, marginales y decorativos, y sobre todo necesitados de un impulso político y mediático permanente, que agota el compromiso y la paciencia de la ciudadanía. Son propuestas que no acaban de poner el foco en la indispensable contribución de los mecanismos de representación a la deliberación pública” (Greppi, 2012: 83).

En definitiva, A. Greppi considera que “La apuesta deliberativa no conlleva un salto hacia una nueva forma de democracia, ni requiere...el alumbramiento de un ciudadano particularmente ilustrado...” (Greppi, 2012: 85).

4. Objeciones a la postura de A. Greppi

En cuanto las objeciones dirigibles a los argumentos sobre los que A. Greppi emplea para justificar su particular postura deliberativista discursiva, podemos señalar, al menos, tres.

Cada una de estas objeciones coincidiría con un desafío incumplido por la perspectiva discursiva de A. Greppi: a) el desafío de la justificación metaética de la democracia deliberativa; b) el desafío del rediseño institucional; y c) el desafío de la libertad política.

En primer lugar, el autor desatiende la discusión acerca de la justificación metaética de la concepción democrática deliberativa, aunque sin embargo se pronuncia numerosas veces de forma implícita por una concepción constructivista radical. Al respecto, de la poca relevancia, así como de la definición implícita, que adopta en metaética, pueden citarse principalmente dos pasajes de la obra de A. Greppi.

Por un lado, en cuanto a la nula, escasa, o ninguna relevancia que A. Greppi le brinda en teorizaciones a la justificación de la democracia, el mismo pareciera señalar que las discusiones metaéticas son de importancia secundaria. En sus propias palabras: “Creo que es en este punto, [estudio de las condiciones empíricas de la autodeterminación democrática] y no en relación con la invención de improbables arreglos participativos o con el debate sobre la justificación de la democracia, donde merece la pena discutir las aportaciones de las teorías deliberativas” (Greppi, 2012: 35).

Por otro lado, el filósofo español señala que “...contamos hoy con mejores instrumentos para explicar cómo funciona esa relación de ida y vuelta que se establece entre ciudadanos e instituciones, sin recaer en el doble mito a todas luces falso, del sujeto que elabora sus preferencias en la soledad de la conciencia y del sistema político que es capaz de automatizarse en la prestación de sus funciones” (Greppi, 2012: 35).

Sin embargo, consideramos que pueden esgrimirse tres fuertes razones en favor de la gran relevancia o gran valor de las discusiones sobre la justificación de la democracia brindadas por las teorías deliberativas. En primer lugar, toda perspectiva democrática deliberativa se asienta implícita o explícitamente sobre una determinada concepción metaética. En otras palabras, esta pareciera ser una discusión inescapable. En segundo lugar, la diferenciación entre perspectivas o concepciones democráticas, es decir, las bondades o defectos de una postura teórica democrática dependen del tipo de concepciones metaética sobre la cual reposan. En tercer lugar, si la idea de la obra de A. Greppi es justificar una resignificación deliberativa del constitucionalismo democrático del siglo XIX que mejores presupuestos para rever ese marco conceptual y arrojar tesis concluyentes que la metaética. En definitiva, la fuerza categórica de una determinada teoría democrática depende de que se transparenten los conceptos últimos sobre los que reposa dicha teoría y concepciones.

A más de ello, cabe señalar que la perspectiva de A. Greppi de ningún modo es neutral en materia metaética, y coincide en este aspecto junto a cuestiones conexas, con la perspectiva asumida por J. Habermas, J. Dryzek, C. Røstboll. Estos deliberativistas críticos inspirados en la ética discursiva asumen lo que podría denominarse una concepción metaética radical. Esta última, sostiene que los criterios de corrección y evaluación, así como las preferencias e intereses políticos de los ciudadanos se constituyen de forma completamente dependiente del proceso deliberativo real de discusión (Watkins y Fitzpatrick, 2002: 360-365).

De buenas a primeras, pareciera ser que la perspectiva metaética asumida por el autor califica como constructivista, ya que señala que son los deliberan-

tes quienes construyen sus propios criterios evaluativos e intereses, ahora bien, queda por determinar qué tipo de constructivismo se abona. De este modo, a los fines de responder a este último interrogante, puede emplearse la clasificación esbozada por C. S. Nino (1997) entre concepciones constructivistas monológicas, epistemológicas, y ontológicas. Así también puede echarse mano de la distinción, propugnada por C. Korsgaard y reconstruida por E. Watkins y W. Fitzpatrick (2002), que diferencia entre constructivismo radical y constructivismo moderado.

Por un lado, C. S. Nino señala que es posible distinguir, al menos, tres principios ontológicos acerca de la constitución de la verdad moral, y, al menos, tres principios epistemológicos acerca de su conocimiento, a saber:

Principios Ontológicos: O1: La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo, en particular el presupuesto de acuerdo al cual un principio moral es válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes; O2: La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos; O3: La verdad moral se constituye por el consenso que resulta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman (Nino, 1997: 160-161).

Principios epistemológicos: E1: El conocimiento de la verdad moral se alcanza sólo por medio de la reflexión individual. La discusión con otros es sólo un elemento auxiliar; E2: La reflexión y decisión intersubjetiva constituye el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues: a) incrementa el conocimiento que el deliberante posee, b) le permite detectar defectos materiales y lógicos de su razonamiento, y c) posibilita el cumplimiento del requisito de consideración imparcial de los intereses de todos los afectados; E3: La reflexión y decisión intersubjetiva constituye el único procedimiento aceptable para acceder a la verdad moral. La reflexión monológica es siempre distorsionada por el sesgo del individuo en favor de su propio interés o el interés de sus afines, debido al inevitable condicionamiento del contexto, y a la imposibilidad de colocarse uno mismo en la situación del otro (Nino, 1997: 161).

C. S. Nino señala que mientras J. Rawls defiende la combinación O1 y E1 (constructivismo monológico), J. Habermas sostiene la de O3 y E3 (constructivismo ontológico). Por su parte, C. S. Nino defiende "...la combinación de O2 y E2, que constituye una posición intermedia entre J. Rawls y J. Habermas, por considerarla la teoría metaética más plausible" (Nino, 1997: 154-155; 166). Esta posición intermedia es la que Nino denomina constructivismo epistemológico (Nino, 1997: 166)⁴.

Por otro lado, E. Watkins y W. Fitzpatrick toman una clasificación efectuada por C. Korsgaard entre constructivismo moderado y constructivismo radical.

⁴ En cuanto a cuáles son las razones que justifican esta tesis epistemológica, C. S. Nino señala que la discusión pública: a) incrementa el conocimiento que el deliberante posee, b) le permite detectar defectos materiales y lógicos de su razonamiento, y c) posibilita el cumplimiento del requisito de consideración imparcial de los intereses de todos los afectados (NINO, 1997: 154-155). Nino señala que el constructivismo ético posee dos claras ventajas; a) supera las debilidades de las concepciones metaéticas tradicionales; y b) conserva las bondades conceptuales de dichas concepciones.

Por un lado, quienes adhieren a una *concepción constructivista radical* sostienen que los criterios de corrección y evaluación, así como las preferencias e intereses políticos se definen totalmente al interior de un proceso deliberativo real de discusión entre los afectados por la norma, institución o medida sujeta a discusión. De este modo dichos criterios y preferencias son completamente dependientes de la instancia deliberativa real. Por otro lado, quienes defienden una *concepción constructivista moderada* sostienen que los criterios de corrección y evaluación, así como las preferencias e intereses políticos se definen parcialmente al interior de un proceso deliberativo real de discusión entre los afectados por la norma, institución o medida sujeta a discusión. En otras palabras, aquellos criterios y preferencias son parcialmente independientes de la instancia deliberativa real (Watkins y Fitzpatrick, 2002: 360-365).

A partir de las distinciones trazadas, puede apreciarse como A. Greppi rechaza abiertamente una concepción constructivista monológica, conforme la cual, el mejor método o procedimiento de construcción y evaluación de preferencias, así como de fijación de estándares políticos es el de la reflexión individual. De este modo, restaría por ver si este filósofo español adhiere a un constructivismo epistemológico o bien a un constructivismo ontológico.

En respuesta a esta incógnita o duda, A. Greppi señala que “...Mientras no se ponga en marcha el proceso de representación no hay ningún objeto que pueda ser proyectado al espacio político” (Greppi, 2012: 59). Aquí el autor considera que las preferencias políticas, así como los criterios normativos de evaluación de los mismos, se construyen en tiempo real, en las distintas instancias discursivas reales en las que representantes y representados participan del circuito comunicativo político. Esto significa que A. Greppi ha optado por adoptar una concepción constructivista ontológica y radical. Ello, esta en concordancia con las teorizaciones de J. Habermas (1998, 2004), J. Dryzek (2000), C. Røstboll (2008).

Sin embargo, consideramos que las bases mismas del concepto de democracia deliberativa, deben hallarse o fundarse sobre una concepción constructivista moderada. Esta última señala que los criterios y preferencias políticas de los ciudadanos, son parcialmente dependientes del proceso deliberativo real, ya que el mismo parte de algunos presupuestos normativos centrales que no se someten a discusión (Martí, 2006b).

En segundo lugar, A. Greppi subestima la discusión acerca de los diseños institucionales más consistentes con el ideal democrático deliberativo, descalificando como utópicas e insuficientes a todas las modalidades de implementación conocidas de dicha concepción democrática. Al respecto, A. Greppi tras un análisis crítico, más o menos abarcativo, se muestra escéptico frente a las supuestas bondades que acarrearía la implementación efectiva de estos ensayos institucionales, avalando así conscientemente una suerte de *statu quo* institucional resignificado desde la teoría deliberativa. Esta perspectiva demasiado moderada, o bien acomodaticia, posee a nuestro entender graves falencias en términos de legitimidad y eficacia política.

Al respecto, pareciera que A. Greppi se rinde ante los defectos propios de la aplicación aislada de determinados diseños institucionales innovadores, desconociendo o subestimando las potencialidades positivas, en términos epistémicos y procedimentales que acarrearía la puesta en funcionamiento combinado

de aquellos diseños. En otras palabras, este filósofo español descuida un adecuado enfoque institucionalista sistémico o de macro escala, desde el cual se puede planificar ciertos tipos de interacciones entre distintos foros deliberativos formales e informales (Parkinson y Mansbridge Et Al., 2012). Contrario a su opinión explícita, consideramos que la democracia deliberativa conlleva un salto hacia una nueva forma institucional de democracia, un sistema deliberativo complejo en el que confluyen numerosos foros deliberativos formales e informales, macro y micro. Este enfoque neoinstitucionalista no es para nada utópico, ya que está sustentada en sólidos argumentos normativos que hacen a la justificación misma de aquel ideal regulativo, y tampoco es ineficiente, debido a que atiende a las condiciones normativas no ideales de las sociedades democráticas actuales. De este modo, consideramos que la búsqueda y deseada resignificación del constitucionalismo democrático, si requiere un rediseño democrático imaginativo, situado, de nuestras salas de máquinas institucionales. En otras palabras, el solo trastocamiento o transformación de los principios políticos de representación y división de poderes desde una perspectiva deliberativa, resulta a todas luces insuficiente y requiere una reforma profunda de las cláusulas constitucionales que definen la forma de gobierno de un país⁵.

En tercer lugar, consideramos que A. Greppi no adhiere a una concepción de la libertad política lo suficientemente robusta como para luchar contra el flagelo de la dominación política que tanto destruye la legitimidad de nuestras democracias. Brevemente, cabe señalar que A. Greppi adhiere a una concepción de libertad política, inspirada en los presupuestos de la ética del discurso habermasiano. La libertad política es entendida por A. Greppi como la posibilidad efectiva de los ciudadanos de emanciparse discursivamente de toda conducción política comunicacional opresiva que impide un genuino y efectivo proceso de formación y contestación de opiniones públicas.

Esta particular definición de la noción de libertad política es la que justifica la constante preocupación de A. Greppi por la calidad del entorno comunicativo, desdeñando, o bien colocando en un segundo plano, las justificaciones metaéticas y los diseños institucionales concretos. Ello mismo lleva a este filósofo español a considerar válido y adecuado no modificar profundamente nuestras instituciones constitucionales y legales positivas, ni a revisar en profundidad nuestras razones últimas para la acción política. De este modo, A. Greppi incumple los desafíos del rediseño institucional y de la justificación metaética. El resultado es una postura acomodaticia, insuficientemente crítica.

En otras palabras, podría señalarse que la teoría de A. Greppi carece de fuerza categórica y de estabilidad normativa. Una teoría es estable cuando los ciudadanos que viven bajo instituciones que adoptan los principios de la misma se ven normativamente motivados a cumplir con lo que ellas demandan. Si se adopta el ideal propuesto, un ciudadano de tal sociedad no debe encontrar razones normativas para modificar el sistema político en sus rasgos básicos, sino

⁵ El mismo A. Greppi efectúa afirmaciones que pareciera abonar nuestra hipótesis. Por un lado, señala que "...a pesar del giro en la teoría es cierto que casi nada ha cambiado en las convenciones constitucionales sobre los que se sustentan nuestras democracias... La constitución material de los poderes está cada vez más lejos de la letra y el espíritu del constitucionalismo democrático y eso, nos está obligando a recuperar la pregunta sobre la contribución que determinados diseños institucionales pueden dar para que se mantenga el círculo virtuoso de la democratización" (GREPPI, 2012: 32).

que, por el contrario, debe verse motivado a defenderlo (Daguerre, 2009: 629). Una teoría tiene fuerza categórica, en cambio, cuando los ciudadanos se ven motivados a actuar según los principios de la teoría, aun cuando las instituciones no están diseñadas en función de tal teoría. Quien resulta convencido por el ideal, encuentra razones que lo empujan a actuar a favor de su consolidación o logro (Daguerre, 2009: 629-630).

Consideramos que, para adoptar fuerza categórica y estabilidad, la teoría de A. Greppi debiera adoptar una concepción neorepublicana participativa del concepto de democracia deliberativa.

Cabe advertir que A. Greppi rechaza explícitamente una particular definición republicana del ideal deliberativo. Al respecto, A. Greppi señala que "...existen diferentes maneras de entender la relación entre deliberación y democracia. Por ejemplo, son muchos en los últimos tiempos los presupuestos que asocian a este ideal a un proyecto de recomposición del espacio público que aspira a resolver defectos de la voluntad... -básicamente, la irracionalidad e incompetencia de los ciudadanos- apelando a las virtudes y la tradición republicana" (Greppi, 2012: 33). Acto seguido, A. Greppi denosta dicho enfoque republicano, señalando que "No es necesario compartir esta solución. Hay otros, no menos deliberativos, pero sí más liberales. Mi impresión es que el remedio a la sensación de difuso malestar democrático a la que venimos aludiendo no consiste en apelar directamente a la virtud, por la sencilla razón de que las mayores dificultades para la construcción de una esfera pública democrática tienen su origen, precisamente en el hecho de que las fuentes de la virtud se han agotado. Fiarlo todo a la virtud en la situación presente, es como poner el carro delante de los bueyes" (Greppi, 2012: 33).

Al respecto, cabe aclarar que compartimos con A. Greppi la crítica y rechazo a una concepción republicana clásica perfeccionista, sustentada sobre el valor intrínseco de las virtudes cívicas y una concepción comprensiva de la idea de bien común. No obstante, adherimos a la defensa de una concepción neorepublicana deliberativa, la cual afirma el valor instrumental de las virtudes cívicas dirigido al cumplimiento de la meta última que es la libertad política entendida como no dominación, y se sostiene sobre una definición política deliberativa, no comprensiva de la idea de bien común (Martí, 2006a, Martí 2007, Pettit, 2012, Lovett, 2010).

Por otro lado, A. Greppi considera que los defectos del entorno comunicativo son los que determinan "la falta de virtud política" de los ciudadanos (Greppi, 2012: 33). De este modo, este filósofo español confunde las bondades epistémicas de un determinado circuito político comunicativo argumentativo público, con el talante, carácter, actitud, predisposición de ánimo, capacidad, de los ciudadanos y representantes. Sin embargo, la calidad del entorno discursivo tan valorada por A. Greppi depende de dos factores principales. En primer lugar, depende de la calidad deliberativa, en términos epistémicos y sustantivos de los foros deliberativos institucionales, lo cual a su vez depende del tipo de diseño institucional innovativo y situado que estos adopten. En segundo lugar, la calidad del entorno comunicativo depende de las actitudes políticas y grado de formación e información de los ciudadanos, así como de sus virtudes cívicas. Es sorprendente que si bien A. Greppi identifica estos dos factores como aspectos de suma relevancia, rechaza abiertamente una perspectiva neorepublicana.

5. En defensa de un deliberativismo neorepublicano

El *concepto* de democracia deliberativa puede ser definido como aquel ideal regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las normas, instituciones y medidas políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación política, en el cual intervienen todos los potencialmente afectados por la misma⁶.

Sin embargo, el concepto de democracia deliberativa puede asumir distintas *concepciones*, las cuales pueden ser clasificadas en: liberales, éticas discursivas, y republicanas⁷, dependiendo del concepto de libertad política asumido (no interferencia, emancipación política, no dominación política).

En este trabajo, adoptamos como fuente de criterios normativos de corrección, una particular concepción deliberativa de tipo republicana, la cual será aquí denominada *concepción deliberativa neorepublicana*. Una postura análoga ha sido defendida por deliberativistas de la talla de J. L. Martí (2006a; 2006b; 2007).

Por su parte, J. L. Martí adhiere a una particular combinación entre las concepciones deliberativa y republicana bajo una justificación mixta de tipo epistémica y sustantiva (Martí, 2006b: 1-32).

Conforme J. L. Martí, la tesis central de toda concepción deliberativa epistémica es la siguiente: el concepto de democracia deliberativa se justifica frente a otros conceptos de democracia, atento el procedimiento político de toma de decisiones que promueve posee mayor valor epistémico que el de sus rivales. El calificativo mayor valor epistémico, significa que las decisiones resultantes del procedimiento democrático deliberativo tienen una mayor probabilidad de cumplir con un estándar de corrección normativo de tipo intersubjetivo, que resulta parcialmente independiente de los juicios de valor, creencias e intereses de los sujetos que intervienen en dicho proceso (Martí, 2006b: 33).

Ahora bien, J. L. Martí reconoce que uno de los temores bien fundados, relativos a la adopción de la concepción epistémica de la democracia deliberativa es que la misma puede llevarnos a asumir una tesis elitista, conforme a la cual debiéramos poner en manos de unos pocos sabios políticos las decisiones de todos los ciudadanos. Sin embargo, J. L. Martí, propone la adopción de una democracia deliberativa neorepublicana, la cual incorpora a la par de la justificación epistémica, una justificación sustantiva acerca de la igual dignidad política de los ciudadanos y la búsqueda de la igual libertad política, siendo que en su esquema de pensamiento la libertad política debe ser entendida como no dominación (Martí, 2006a: 238-243).

⁶ Esta definición estándar del concepto de democracia deliberativa, está respaldada por las teorizaciones efectuadas en los siguientes trabajos: MARTÍ, 2006a; GUTMANN y THOMPSON, 1996; GUTMANN, y THOMPSON, 2004; J. RAWLS, 1996; C. S. NINO, 1997; J. PARKINSON, J. MANSBRIDGE, *et al.*, 2012; J. HABERMAS, 1998; J. DRYZEK, 2000; y C. RØSTBOLL, 2008; entre otros.

⁷ Entre quienes defienden una concepción deliberativa liberal destacan las teorizaciones de: J. RAWLS (1996), C. S. NINO (1997), A. GUTMANN y D. THOMPSON (1996, 2004), J. PARKINSON, y J. MANSBRIDGE (2012). Al interior de la concepción deliberativa republicana cabe resaltar la postura republicana cívica defendida por J. L. MARTÍ (2006a) y P. PETTIT (2012). Finalmente, entre las teorías deliberativas críticas deben mencionarse a los siguientes autores: J. HABERMAS (1998), J. DRYZEK (2000) y C. RØSTBOLL (2008).

En precisión de conceptos, J. L. Martí advierte que la concepción deliberativa y republicana son diferenciables tanto pedagógica como normativamente, aunque pueden yuxtaponerse. ¿De qué manera podrían solaparse? Por un lado, la democracia deliberativa puede ser definida desde una perspectiva neorepublicana señalando que a los fines de satisfacer los estándares deliberativos resulta atractivo adoptar una concepción neorepublicana de la libertad política y las virtudes cívicas. Aquí el neorepublicanismo constituye un medio para los fines deliberativos. Por otro lado, la democracia republicana, en su búsqueda por garantizar la no dominación política, podría emplear como medio idóneo una concepción deliberativa de la política, garantizando así por medio de la deliberación, la posibilidad de que los ciudadanos tengan efectiva influencia y control sobre el accionar de su gobierno en materia de políticas públicas.⁸

Según, J. L. Martí, la mejor manera de realizar los principios neorepublicanos de libertad como no dominación e igual dignidad política, requiere de una particular forma activa de participación política ciudadana que es la deliberación pública. De este modo, las instituciones públicas deben diseñarse con miras a cumplir dichos fines neorepublicanos, para lo cual deben adoptar una estructura deliberativa. Es decir, los procedimientos políticos para ser legítimos en términos neorepublicanos deben permitir la igual participación política de todos los afectados por la norma, institución o medida política adoptada, en el proceso deliberativo de discusión y sanción.⁹

6. Atractivos del deliberativismo neorepublicano

En este apartado nos avocaremos a señalar cuales son los aspectos positivos de asumir la concepción deliberativa neorepublicana que hemos delineado más arriba. Con este fin, desarrollaremos dos estrategias argumentativas. En primer lugar, exploraremos tres argumentos por oposición o contrastación a la postura de A. Greppi. En segundo lugar, ensayaremos un cuarto argumento adicional, de resignificación.

Por un lado, en contraposición a las objeciones dirigidas a los argumentos ofrecidos por A. Greppi cabe señalar que el neorepublicanismo deliberativo aquí defendido posee tres claras ventajas, a saber: a) atiende a la necesidad de justificar desde una perspectiva metaética la concepción deliberativa asumida; b) se involucra en la ardua tarea de proponer diseños institucionales nuevos y concretos; y c) se toma en serio los peligros de la dominación política adoptando una concepción lo suficientemente robusta de libertad política.

⁸ Cabe recordar que el neorepublicanismo, o republicanismo contemporáneo, es compatible con sostener una justificación instrumental del valor de las virtudes políticas, es decir, no se defiende bajo una justificación intrínseca de las virtudes cívicas, ni tampoco sobre bases morales perfeccionistas de otro tipo. La promoción de ciudadanos virtuosos es efectuada aquí como un medio para lograr un fin valioso en sí mismo que es el de libertad política, entendida como no dominación política. Véase: LOVETT, 2010: §§ 3.1. y 3.2.

⁹ Sin embargo, J. L. Martí advierte sabiamente que no deben confundirse las distintas concepciones de democracia, las cuales están superpuestas en su particular propuesta teórica. Por un lado, no todas las concepciones de democracia deliberativa son participativas, ya que pueden ser representativas, ni tampoco todas son republicanas, atento pueden coincidir con los presupuestos liberales, o éticos discursivos. Por otro lado, no todas las concepciones republicanas son deliberativas, sino que pueden adoptar otros mecanismos de decisión y control políticos. Véase: MARTÍ, 2007: 156-160.

Por otro lado, cabe señalar que la postura teórica deliberativa discursiva de A. Greppi, depurada de sus defectos, puede volverse compatible con las exigencias de una concepción democrática deliberativa de tipo neorepublicana.

En cuanto al primer atractivo, relativo a la necesidad de justificar desde una perspectiva metaética la concepción deliberativa neorepublicana asumida, hemos señalado como preferible la adopción de una concepción metaética constructivista moderada.

En relación al segundo atractivo, atinente a la ardua tarea de proponer diseños institucionales nuevos y concretos, hemos señalado la necesidad de explorar diseños institucionales nuevos, adoptando un enfoque evaluativo sistémico o de macro escala, que prevea ciertas interacciones, roles, funciones, y resultados de la puesta en funcionamiento conjunta y complementaria de ciertos engranajes institucionales deliberativos formales e informales. En este sentido consideramos fundamental, la existencia de un sistema deliberativo institucional formal e informal, contextualizado o situado, es decir pensado para determinadas condiciones normativas no ideales, que atienda a los criterios de legitimidad y eficacia política del modelo deliberativo neorepublicano.

En lo referido al tercer atractivo, conectado con la adopción de una concepción robusta de libertad política, hemos defendido la adopción de una concepción neorepublicana de la libertad política, entendida como no dominación. En este entendimiento los ciudadanos deben estar adecuada y efectivamente librados de toda opresión política discursiva y material, que les impida ser los genuinos directores del proceso democrático.

En cuarto lugar, cabe señalar que la compatibilidad de la postura teórica depurada de A. Greppi y los presupuestos de una concepción democrática deliberativa de tipo neorepublicana podría darse si la misma se vuelve adecuadamente responsiva ante los tres desafíos indicados. ¿En qué aspectos podría comenzar a trazarse esta afinidad?

Por un lado, ambas posturas coinciden en la necesidad de que existan instancias genuinas y adecuadas de discusión y decisión ciudadanas autónomas, es decir libres de dominación política, cuyos resultados deban ser tenidos en cuenta por los representantes. Los ciudadanos adoptan en ambos esquemas discursivo y neorepublicano, un cariz contestatario, crítico, en constante vigilia de los actos de los representantes, los cuales deben respetar las directrices deliberativas fijadas por los afectados en procesos argumentativos públicos.

Por otro lado, tanto para el neorepublicanismo de J. L. Martí, como para el deliberativismo discursivo de A. Greppi, los ciudadanos también deben satisfacer ciertos requisitos o estándares, en tanto deben desarrollar ciertas virtudes cívicas, cuyo valor instrumental les permita acercarse al fin último de evitar la dominación política¹⁰.

7. Algunas conclusiones

En el presente trabajo intentamos aportar argumentos en defensa de una particular hipótesis teórica. La misma sostiene que dadas las condiciones nor-

¹⁰ Acerca de la compatibilidad de los planteos deliberativos éticos discursivos habermasianos, en los que incurre aquí A. Greppi y los presupuestos del neorepublicanismo contemporáneo o cívico instrumental, véase: MARTÍ, 2007.

mativas no ideales propias de las sociedades democráticas contemporáneas, se impone la adopción de una concepción democrática de tipo deliberativa neorepublicana. Como excusa o vehículo argumentativo hemos analizado la propuesta democrática deliberativa discursiva desarrollada por A. Greppi, señalando las luces y sombras de sus teorizaciones.

En otras palabras, este ensayo ha tenido los siguientes objetivos específicos: a) reconstruir los argumentos ofrecidos por A. Greppi en defensa de un constitucionalismo democrático resignificado desde un enfoque deliberativo discursivo; b) emitir ciertas objeciones contra los argumentos ofrecidos por A. Greppi en defensa de su postura teórica; y 3) proponer una vía de salida deliberativa neorepublicana a los problemas teóricos identificados en aquélla.

Al iniciar este artículo, formulamos una primera advertencia, a saber, la perspectiva discursiva crítica de A. Greppi correría un doble riesgo, podría pecar por exceso o por defecto. Luego de analizar de forma pormenorizada ciertas objeciones normativas dirigidas a su teoría democrática discursiva, es que puede ahora vislumbrarse más claramente cuáles son dichas dos fuentes de problemas.

Por un lado, si su postura no abandona la concepción metaética constructivista radical, corre serios riesgos de yuxtaponerse o transformarse en una nueva forma de democracia populista radical, conforme la cual debe aceptarse la idea de que la voz del pueblo es siempre sabia, correcta, razonable y justa. Esta fuente potencial de riesgos o aspecto inadecuado de la teoría de A. Greppi, implicaría caer en un exceso, y demuestra la relevancia del desafío de la justificación metaética de democracia.

Por otro lado, si su postura no deja de lado la tesis de la irrelevancia o relevancia secundaria de la exploración institucional innovativa, es decir si no adhiere a un enfoque institucionalista sistémico, ni adopta una definición del valor libertad política más exigente, tal como la neorepublicana, consideramos que corre serios riesgos de solaparse o convertirse en una concepción liberal acomodaticia insuficientemente potente como para transformar la realidad que denuncia. Esta fuente potencial de riesgos o aspecto inadecuado de la teoría de A. Greppi, implicaría caer en un defecto, y demuestra la relevancia de los desafíos de la reforma institucional y de la libertad política.

Al respecto, pareciera que, depurada de sus elementos perfeccionistas o sobreexigentes, la intuición aristotélica acerca de las bondades de perseguir el *justo término medio*, ilumina el camino aún en el siglo XXI. Entre los excesos populistas y defectos libertaristas, el neorepublicanismo deliberativo asoma como una adecuada tercera vía. En este sentido, consideramos que el giro democrático deliberativo, que A. Greppi desea aplicar al constitucionalismo democrático, requiere la adopción de una concepción metaética constructivista moderada, de la reforma profunda de nuestras instituciones políticas formales e informales, y de la adopción de una concepción neorepublicana de la libertad política, entendida como no dominación política efectiva (material y discursiva) de la ciudadanía.

Bibliografía

BLONDIAUX, L., *El nuevo espíritu de la democracia. Actualidad de la democracia participativa*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2013.

DAGUERRE, M., "La relación entre ética y política en el liberalismo igualitarista de Rawls y Dworkin: el problema de la fuerza categórica" en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2009, N° 32, pp. 627-646.

DRYZEK, J., *Deliberative Democracy and Beyond*, Oxford, Oxford U. P., 2000.

GARGARELLA R. (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014.

GARGARELLA, R., *La sala de máquinas de la Constitución*, Katz, Buenos Aires, 2014.

GREPPI, A., *La democracia y su contrario*, Trotta, Madrid, 2012.

— "Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia", en *Eunomía*, 2013, N° 4, pp. 42-72.

HABERMAS, J., *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1998.

— "El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?", en *Tiempo de Transiciones*, Trotta, Madrid, 2004.

— "Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa", en *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, 2005, vol. 4, N° 10.

LAFONT, C., "Democracia y deliberación pública", en ARANGO, R., *Filosofía de la democracia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pp. 125-146.

LOVETT, F., "Republicanism", 2010, en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/republicanism/>, consultado el 10/03/2013.

MARTÍ, J. L., *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006a.

— "The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended", en BESSON, S. y MARTÍ, J. L. (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post-National Challenges*, Ashgate, Londres, 2006b, pp. 1-32.

— "Republicanism y Democracia: Principios básicos de una República Deliberativa", en ARANGO, R. (ed.), *Filosofía de la Democracia. Fundamentos Conceptuales*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pp. 147-166.

NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

— *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

PARKINSON, J. - MANSBRIDGE, J., et al., *Deliberative Systems*, Oxford U. P., Oxford, 2012.

PETTIT, P., *Republicanism*, Cambridge U. P., Cambridge, 1997.

— *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge U.P., Cambridge, 2012.

RAWLS, J., *Political Liberalism*, Columbia U. P., Nueva York, 1996.

RØSTBOLL, C. F., *Deliberative Freedom. Deliberative Democracy as Critical Theory*, State University of N.Y. Press, Nueva York, 2008.

WATKINS, E. - W. FITZPATRICK, "O'Neill and Korsgaard on the Construction of Normativity", en *The Journal of Value Inquiry*, 2002, N° 36, pp. 349-367.



¿EL PODER JUDICIAL COMO SUJETO POLÍTICO? EL PAPEL DE LA JUSTICIA EN EL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA: UNA VISIÓN DESDE LATINOAMÉRICA*

Matías Parmigiani**

Resumen: Realizo en el presente trabajo una aproximación crítica a la doctrina y jurisprudencia que prevalecen en dos países latinoamericanos —a saber: Colombia y Argentina— en lo atinente al control de materialidad del presupuesto fáctico en el que descansa la legislación de emergencia. ¿Puede el Poder Judicial realizar un control semejante sin transformarse al mismo tiempo en un auténtico actor político? Más allá de que mi hipótesis principal es que no puede hacerlo, mi objetivo de máxima consistirá en arrojar algunas pistas que nos permitan entender cuál es la posición que debería corresponderle a este poder en el seno de un sistema republicano de gobierno que opere en el interior de una verdadera democracia deliberativa.

Palabras clave: emergencia - Poder Judicial - democracia deliberativa.

1. Introducción: Emergencia y control judicial

Hoy en día, la apelación al instituto de la emergencia representa una realidad consagrada a nivel mundial. Luego del 11 de Septiembre de 2001, el poder político de los Estados Unidos encaró una serie de reformas legales que, con la excusa de combatir el terrorismo, vinieron a afectar seriamente los derechos y garantías ciudadanas expresamente reconocidas por su Constitución. Para algunos de sus principales defensores, tales afectaciones resultan justificables cuando constituyen “una respuesta a las sentidas necesidades y condiciones de la época” (cfr. Posner 2006, p. 147). Una constitución “que no se dobla, se rompe” y, a veces, valores como la libertad y la privacidad individuales deben ceder ante valores de igual importancia como el de la seguridad pública o el de la paz social (cfr. *ibíd.*, p. 1).

¿Qué constituye, sin embargo, una emergencia? Esta pregunta reviste una importancia capital, pues pone de relieve uno de los aspectos más importantes que suelen suscitarse en sede jurisdiccional: i.e., el referido al control del presupuesto fáctico habilitante, tal la nomenclatura que se emplea desde la doctrina para invocar las circunstancias fácticas que deben satisfacerse a efectos de que el dictado de legislación de emergencia no aparezca como un producto del mero arbitrio político. Para un autor como Richard A. Posner, llegada la hora de determinar fehacientemente qué representa un problema de seguridad nacional, pongamos por caso, no es mucho lo que el Poder Judicial está en condiciones de hacer. Comparado con cómo se sitúan frente al mismo los otros poderes del

* Recibido 25/06/2016 - Aprobado 24/08/2016.

** Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Postdoctoral del CONICET y Profesor de Teoría del Derecho de la Universitat de Girona. E-mail: matias_parmigiani@yahoo.com.ar.

Estado, el Poder Judicial se halla, en opinión de Posner, en una situación de déficit epistémico insuperable, por lo que al momento de juzgar sólo cabe reclamarle una actitud de franca modestia (cfr. *ibíd.*, pp. 149-150).

En el mapa político latinoamericano, justo es decir que el derecho de la emergencia ya era una realidad incluso mucho antes de que los atentados del 11 de Septiembre acapararan globalmente la atención del análisis político-filosófico. En países como Colombia o Argentina, por ejemplo, el instituto de la emergencia y su control judicial constituyen asimismo dos hechos indisputables. El primero de ellos, por ser una práctica habitual en estos países, dependiendo su mayor o menor recurrencia de algunos factores institucionales e históricos contingentes, como la composición que exhiban los órganos políticos o la situación económica por la que atraviese la sociedad en cierto período. El segundo de ellos, por su parte, en virtud de que a fines de controlar las acciones del Poder Ejecutivo en materia de emergencia, en general ha sido el Poder Judicial mucho más que el Poder Legislativo el que ha ejercido un rol activo, marcando los límites y estableciendo nuevas directrices de acción. En claro contraste con lo que demanda Posner, el Poder Judicial latinoamericano parece mostrarse —al menos a nivel discursivo— mucho menos reticente a cumplir con el ideal republicano de servir de contrapeso a las iniciativas del órgano político.

El presente trabajo se ocupará precisamente de analizar el modo en que este control se estima pertinente desde la doctrina judicial imperante en los dos países de Latinoamérica anteriormente mencionados, esto es: Colombia y Argentina. Dos supuestos parecen darse en ella por sentados. El primero, no explícitamente reconocido, es que el juez que ejerce el control de constitucionalidad de la legislación de emergencia se hallaría en condiciones epistémicas análogas al juez que debe velar en el ámbito del derecho privado por la existencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, la cual constituye una de las condiciones paradigmáticas que exigen a una persona de cumplir con sus obligaciones legales. El segundo supuesto, éste sí de carácter explícito, es que siempre habría un camino disponible para que el juez constitucional se aboque a la tarea de verificar el presupuesto habilitante (i.e. la materialidad de la situación de emergencia) prescindiendo de cualquier valoración política. Según defenderé en este trabajo, ninguna de las dos suposiciones sería capaz de mantenerse en pie.

He aquí, de manera muy esquemática, la estructura argumentativa que seguiré a lo largo de estas páginas. En la próxima sección intentaré desmontar la primera suposición. En la sección nº 3, por su parte, haré lo posible para desmontar la segunda. En la sección nº 4 intentaré ofrecer, a modo de corolario, una pista tendiente a arrojar luz sobre cómo concebir el control de la legislación de emergencia que no se vea comprometido con estas suposiciones de dudosa procedencia. Finalmente, en la sección conclusiva, realizaré algunas consideraciones generales sobre el rol que debería corresponderle al Poder Judicial en el seno de una democracia deliberativa.

2. Desmontando el primer supuesto: La imparcialidad del juez

En el ámbito del derecho privado, cuando un juez en lo civil y comercial estima pertinente calificar como caso fortuito o de fuerza mayor un hecho relativo al deudor moroso que, antes del vencimiento de su deuda, lo imposi-

bilitó de cumplir con una obligación contractual, lo que efectivamente hace es determinar la existencia de una verdadera situación de emergencia (al respecto, véanse por ejemplo los arts. 276 y 277 del nuevo Código Civil argentino; además, véase el art. 64 del Código Civil colombiano). En regímenes republicanos de gobierno como el argentino o el norteamericano, al hacer esto —cabría decir por otro lado— cumple el juez con una atribución conferida por la Constitución, que le asigna la tarea de conocer y decidir sobre “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación” (art. 116 de la Constitución argentina) o, lo que es lo mismo, sobre “todo caso que en derecho y equidad surja de esta Constitución, de las leyes (...), así como de los tratados celebrados o que se celebraren bajo su autoridad” (art. III, sec. 2 de la Constitución norteamericana). Incluso si en un régimen como el colombiano se prevé que el Congreso o la Administración ejerzan determinadas funciones judiciales (art. 116 de la Constitución), en general es el juez el que debe velar por el cumplimiento de todas las leyes nacionales.

En un sentido, ninguna decisión judicial que se precie de ‘legítima’ podría vulnerar semejante exigencia. Ahora bien, aunque legítima, ¿resulta por eso mismo ‘justa’ o ‘verdadera’? Tal vez no, pues es probable que el hecho contemplado como *impeditivo* de la obligación contractual no haya sido realmente eso sino una circunstancia que revistió una gravedad bastante menor a la requerida. Dado que en este tipo de asuntos por lo general carecemos de respuestas que diriman a ciencia cierta en qué consiste la corrección material de una decisión judicial, es decir, su adecuación a los hechos, bien puede requerirse que algunos criterios formales relativos a la capacidad del juez acudan a nuestro auxilio. Como ha dicho Jorge F. Malem Seña, un juez debidamente profesional no sólo debe ser versado en derecho, sino que ha de reunir una formación en materia de hechos y lógica, y un conocimiento de la realidad y en materia lingüística por demás importantes. Pero a los fines de arribar a decisiones que no generen cierto tipo de sospechas, “los jueces han de adoptar —por sobre todas las cosas— una actitud de auto-contención, de serena reflexión para que sus deberes de imparcialidad no se vean afectados” (Malem Seña: 2008, p. 245).

Puesto en terminología hermenéutica, el acto de juzgar que busca como cometido reconocer a qué parte le asiste el derecho en una disputa adquiere una primacía especial sólo cuando se lo identifica con lo que podríamos llamar el ‘punto de vista del intérprete o tercera persona’. Quien juzga y emite una sentencia justa se coloca en la posición de una instancia ajena a la de quienes guardan intereses directos en un conflicto (víctima y victimario) y por eso mismo adquiere la pericia capaz de hacer valer “la justa distancia entre los copartícipes enfrentados, demasiado cerca en el conflicto y demasiado alejados por el conflicto, el odio o el desprecio” (Ricoeur: 2003, p. 182).

Por el contrario, quien guarda afinidad con alguna de las partes litigantes, ya sea en calidad de cónyuge, pariente, acreedor, deudor, fiador, beneficiario suyo, etc., se hace pasible de una recusación como la prevista en nuestros códigos procesales (véanse al respecto, por ejemplo, las causas legales de recusación que figuran en el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba). La imparcialidad, a la que Kant identificaba con la máxima de pensar poniéndose en el lugar de otro para adquirir así un pensamiento ampliado, sólo se alcanzaría, pensaba él, cuando el hombre lograra “sobreponerse a las

condiciones subjetivas personales del juicio, en que tantos otros quedan como aprisionados, y reflexionar sobre su propio juicio partiendo de un punto de vista general" (*Crítica del juicio*, §159).

Ahora compárese el rol que debe asumir un juez en las contiendas civiles con el rol que un juez podría asumir llegada la hora de determinar si el presupuesto habilitante en el que descansa una declaración de emergencia debe ser convalidado. Más allá de lo vagas que resultan las estipulaciones en materia de emergencia pública formuladas por la Constitución de la Nación Argentina (véanse al respecto los arts. 76 y 99, inc. 3) o por la Constitución de Colombia (véanse los arts. 213, 214 y 215), a la luz de la interpretación anterior parecería natural suponer que el rol a ser desempeñado por el juez que tiene a su cargo controlar los presupuestos fácticos que tornan viable una declaración de emergencia pública debería ser equiparado al rol del juez civil que determina la existencia de una situación de fuerza mayor que afectará las relaciones contractuales instauradas entre dos particulares. Siendo consecuentes con esta analogía, debería bastar con que el juez se presuma independiente e imparcial y/o reúna las condiciones profesionales que resume la enumeración de Malem Seña. Ahora bien, ¿de qué manera podría ser la imparcialidad la actitud a ser predicada de un juez llamado a intervenir a propósito de una declaración legislativa de emergencia pública cuando el problema estriba en verificar que los hechos fácticos aducidos por el legislador se correspondan con los hechos reales?

En asuntos de interés privado, la imparcialidad se verifica como un atributo indispensable del juez porque es lo único que lo situará por encima o más allá de las sesgadas pretensiones de las partes. Al juez no puede importarle *a quién* le asiste la razón o qué hechos resultan favorables a tal o cual persona, sino *cuál* es la razón o cuáles son los hechos pertinentes. Como se dijo, cualquier otra actitud será motivo de recusación. Pero dado que los asuntos implicados en las declaraciones de emergencia de los tipos mencionados poseen un interés eminentemente *público* —según nuestras constituciones, es ante una emergencia *pública* que se acepta la delegación de facultades o el dictado de decretos de necesidad y urgencia— y dado que todo lo que posea interés público será también del concernimiento directo del magistrado *en tanto que ciudadano*, nada como una actitud *análoga* de independencia o imparcialidad podrá ya requerirse de su parte. En otras palabras, el juez que decide sobre los presupuestos fácticos de una emergencia *pública*, por su misma condición de ciudadano implicado políticamente, está incapacitado para actuar con una imparcialidad análoga a la del juez que debe decidir sobre los hechos fácticos de fuerza mayor que pudieron intervenir en un conflicto *privado* eximiendo a una de las partes de cumplir con su obligación.

3. Desmontando el segundo supuesto: La objetividad epistémica

Pasemos entonces al segundo supuesto. Aún si los jueces constitucionales no lograran reunir la imparcialidad e independencia que se requiere de un juez civil, tal vez exista una manera de separar el contenido valorativo de una decisión de su contenido fáctico. Si ello fuera posible, pues todavía quedaría latente la posibilidad de proponer un acercamiento al presupuesto habilitante que se presuma 'objetivo'. A nivel jurisprudencial y doctrinario, esto es precisamente lo

que ha intentado hacerse tanto en Argentina como en Colombia. Compruébese sino lo que dice el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba en el siguiente extracto de la sentencia destinada a determinar la constitucionalidad de la ley 9504 en virtud de la cual se declaró la emergencia de la Caja de Jubilaciones de la misma provincia:

“Parece claro que si verificar implica comprobar, acreditar, demostrar que los hechos invocados conciden con la realidad, esto de por sí trasunta un juicio intelectual que excluye toda valoración discrecional. Importa la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación” (“Bossio, E. Esther c. Caja de Jubilaciones - Recurso de Apelación - Recursos de Casación e Inconstitucionalidad”, del 15/12/2009, en MJ-JU-M51906.AR, <http://ar.microjuris.com>, punto 9.V. del voto de la mayoría).

Asimismo, compruébese lo que dice la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia del 9 de marzo de 2011, destinada a determinar la validez del decreto presidencial 4580 del 7 de diciembre del 2010, por el cual se declaraba el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública, emitido luego del paso del fenómeno de La Niña:

“El ‘juicio de realidad’ parte de ser un análisis eminentemente objetivo, tal y como lo señala la sentencia C-133 de 2009: ‘El presupuesto fáctico es susceptible de un juicio objetivo de existencia por parte del juez constitucional, quien debe determinar si los hechos invocados tuvieron ocurrencia (...). No se trata entonces de un análisis de valoración de la alteración del orden social, económico y ecológico o de la circunstancia sobreviniente de los mismos, sino una verificación objetiva de la existencia de la amenaza o perturbación” (Sentencia C-156/11 de la Corte Constitucional de Colombia, marzo 9 de 2011, Bogotá DC).

Para la doctrina en cuestión, los hechos serían, utilizando una expresión de González Lagier, “datos brutos, evidentes y no problemáticos ofrecidos por la realidad” (2005, p. 25), y a los que todos tendríamos acceso de manera fiel o transparente. Esta suerte de “objetivismo ingenuo” que caracterizaría a la doctrina, para volver a emplear una expresión del mismo autor, parece ignorar la diferencia que hay entre los hechos que son ontológicamente objetivos y aquellos hechos que son ontológicamente subjetivos, es decir, entre los hechos cuya propia existencia sería independiente de cualquier tipo de actividad humana y aquellos otros que dependen para existir de lo que haga o deje de hacer el hombre (cfr. Searle: 1997, cap. II). Tanto desde el punto de vista conceptual como epistemológico, resulta claro que ambos tipos de hechos resultan relativos a cierto tipo de actividad humana. Aún los hechos que existen con independencia del hombre, como el hecho de que haya nieve en la cima del Monte Himalaya, dependen para su conceptualización y conocimiento de lo que haga o deje de hacer el hombre, de los conceptos de que disponga o de las facultades intelectuales que emplee (cfr. Goodman: 1996; Putnam: 1994, Conferencia II). Sin embargo, parece evidente que a nivel ontológico hay una doble categoría de hechos, a saber: los hechos sociales e institucionales, que además de ser *conceptual* y *epistemológicamente* relativos a la actividad humana, son *ontológicamente* relativos a ella. Sólo porque existen ciertos conceptos y ciertas facultades cognoscitivas es que resulta posible explicar su existencia (cfr. Searle: 2010, p. 116).

Especialmente con respecto a ciertos hechos sociales e institucionales, como el grado de hacinamiento en el que vive mucha gente en situación de po-

breza, por ejemplo, la relatividad conceptual, epistemológica y ontológica que los caracteriza suele ir acompañada de una doble relatividad adicional: una relatividad que es, al mismo tiempo, *interpretativa* y *valorativa*. Es *interpretativa* y no meramente conceptual porque, a diferencia de esta última, para que aquélla se manifieste no sólo es necesario poseer el concepto en cuestión, i.e. ‘hacinamiento’; además, es necesario emplearlo de cierta manera, con un cierto sentido. Por otro lado, es *valorativa* porque muy difícilmente alcanzaremos a comprender este sentido sin entender cuáles son los valores, preferencias o intereses que mueven al interlocutor. Quien posea un umbral de tolerancia relativamente bajo, probablemente esté dispuesto a emplear la expresión ‘hacinamiento’ para referirse a cualquier modalidad habitacional que no se adecue a los estándares que se aplican, pongamos por caso, a las modalidades habitacionales de la clase media. Por el contrario, quien posea un umbral de tolerancia mayor, probablemente emplee la misma expresión sólo para referirse a formas de convivencia habitacional ciertamente extremas. Precisamente porque la doctrina en cuestión parece dar la espalda a esta relatividad adicional es que el requisito de objetividad que pretende imponer sobre la manera en que el Poder Ejecutivo debe construir el presupuesto habilitante resulta por lo pronto ingenuo.

¿Cómo hacer, entonces, para escapar de la acechanza del fantasma valorativo, si es esto lo que fractura cualquier pretensión de objetividad? Una alternativa posible se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y de la doctrina que la recoge. Ellas distinguen entre ‘necesidad absoluta’ (vinculada al art. 116 de la CE) y ‘necesidad relativa’ (vinculada al art. 86 de la CE) (al respecto, véase la STC 6/1986, fundamento jurídico 5º, párr. 2; igualmente, STC 29/1986, de 20 de febrero, fundamento jurídico 5º, A, párr. 2). Basándose en esta distinción, Carmona Contreras equipara la necesidad absoluta de una situación a aquella que ha de considerarse urgente “desde una perspectiva objetiva” y cita como ejemplo paradigmático el caso de las catástrofes naturales (cfr. 2013, p. 7). En contraposición, la necesidad relativa de una situación sería aquélla que se predica “desde la perspectiva subjetiva y puramente contingente del Gobierno” (ibíd., p. 7).

Supongamos ahora que la doctrina judicial latinoamericana aquí analizada se apoyara en esta distinción para abrazar una fórmula que excluyera la apelación a la necesidad relativa del ámbito competencial del poder político. Que ésta no parece ser una solución con la que simpatice la doctrina no es materia en disputa, pues resulta público y notorio que no han sido catástrofes naturales y fenómenos de ese calibre los únicos que fueron convalidados en sede jurisdiccional. Pero imaginemos por un momento que la doctrina se decantara por una salida semejante. ¿Sería posible así escapar de lo valorativo y arribar a la ansiada objetividad? Probablemente sí, aunque a riesgos de generar una confusión conceptual inadmisibles. Lo que quiero decir es que, a diferencia de lo que sostiene Carmona Contreras, ni lo absoluto tiene por qué coincidir con lo objetivo, ni lo relativo tiene por qué coincidir con lo subjetivo. Más aún, incluso si lo absoluto se contraponen a lo relativo, como parece apropiado sostener, no es verdad que lo objetivo se contraponga a lo relativo. Como ha dicho David Wiggins en un importante ensayo:

“La relatividad a otra cosa no representa, en sí misma, obstáculo alguno para la más extrema o perfecta forma de objetividad. De hecho, explicitar abier-

tamente dicha relatividad a veces genera el efecto de revelar el asunto en cuestión como un candidato a una verdad no calificada o absoluta” (1998, p. 11).

El hecho de que una necesidad sea relativa a los intereses o valores de una comunidad, agrupación política o gobierno representativo no significa que dicha necesidad no sea objetivamente determinable (cfr. Williams: 1997, pp. 199-220). En este contexto, sin embargo, mayor interés parece adquirir la cuestión de si existe algo así como una necesidad *absoluta*, en donde ‘absoluta’ debe leerse como ‘*no relativa a los intereses o valores que detente un grupo particular de individuos.*’ ¿Podemos imaginar un concepto de necesidad universal, es decir, de una necesidad que aun sin ser relativa a todo el mundo, sí pueda al menos relativizarse a la totalidad de los integrantes de una comunidad determinada? Cuando la pregunta se plantea en estos términos, la objetividad que aparecía en tensión cada vez que intentaba velarse por un control valorativamente aséptico del presupuesto habilitante cede terreno a un tipo de objetividad al que ya no es necesario que se le formulen ciertas exigencias. El constructivismo ético tiene perfectamente en claro por qué esto es así. La garantía a fin de que las consideraciones valorativas no nos aparten de la objetividad viene dada por el requisito o test de universalización. Así, en la medida en que una necesidad sea universalizable, habrá un criterio perfectamente objetivo para dar cuenta de la misma que no sólo no es valorativamente aséptico, sino que no podría serlo sin traicionar en lo más profundo su propósito característico.

Llegada la hora de determinar cuáles son estas necesidades, la teoría ética contemporánea ha dado una respuesta que a mi modo de ver resulta convincente. Ellas son ni más ni menos que las necesidades humanas básicas, como la necesidad de vivienda, alimentación, salud, educación o vestido, las cuales resultan básicas precisamente porque son aquellas sin cuya satisfacción ningún plan de vida sería realizable (cfr. Garzón Valdés: 1993; Nino: 2007). Tratándose de determinar, pues, las situaciones de necesidad absoluta, cabría decir de acuerdo a este criterio que son justamente aquéllas que pueden comprometer seriamente la satisfacción de las necesidades básicas si no se actúa de forma urgente para revertirlas o atenuar su impacto.

Pero ahora veamos qué sucede ni bien nos disponemos a delimitar el ámbito de las situaciones de necesidad absoluta utilizando un criterio como el empleado por la doctrina española. ¿No es el absurdo que se desprende realmente manifiesto? Con este criterio, estaríamos obligados a desechar por no ser de absoluta necesidad una serie de situaciones que no teniendo su origen en fenómenos de tipo natural, consiguen no obstante comprometer con igual seriedad el núcleo más básico de necesidades humanas.

4. En busca de una objetividad más allá de la asepsia valorativa

Una moraleja, un interrogante y una reflexión cabría extraer de todo esto. La moraleja es que cualquier clase de hecho o situación puede generar una necesidad de actuar de manera urgente en procura de proteger las necesidades básicas de al menos un sector de la población. En este sentido, debe recordarse que a los efectos de que una situación se considere de necesidad absoluta en un sistema jurídico determinado no es condición *sine qua non* que ella afecte a todas y cada una de las personas que viven bajo su imperio. Por lo general, cuando

una situación de necesidad absoluta se presenta, quienes ven comprometido su estándar de vida suelen pertenecer a sectores más bien focalizados de la población. Desde ya, el número de ciudadanos afectados debe ser lo suficientemente grande como para que la adopción de ciertas medidas estatales se vea justificada, especialmente cuando ellas son de tal envergadura que un sector alternativo de la población podría sufrir un menoscabo en el ejercicio de aquellos derechos que normalmente gozan de protección. Con todo, bien puede haber una emergencia sin que la misma afecte por igual a todos los habitantes de una comunidad. La situación es de necesidad absoluta por la sencilla razón de que el tipo de necesidad individual que ella amenaza constituye una necesidad de cuya satisfacción ningún ciudadano puede estar privado.

En cuanto al interrogante, éste se relaciona con el listón mediante el cual se mida qué ha de contar como una necesidad básica. Si el listón se pone demasiado alto, por ejemplo optándose por una noción de florecimiento humano culturalmente cargada, entre las necesidades básicas de la población deberíamos incluir no sólo aquéllas que resultan indispensables para el sustento de la vida, sino también aquéllas cuya no satisfacción o carencia, dadas ciertas costumbres sociales, condenarían a un sector social a la indecencia. Éstas constituyen lo que algunos autores han denominado “necesidades básicas derivadas” (cfr. Garzón Valdés: 1993, p. 48; Zimmerling: 1990, p. 51). Un ejemplo que suele citarse de manera habitual en este ámbito es el de las camisas de hilo al que refiere Adam Smith en *La riqueza de las naciones*. Aunque los griegos y los romanos vivieran muy agradablemente sin ellas, ya que desconocían el hilo, para un inglés del Siglo XVIII esta carencia debe haber sido socialmente muy embarazosa (Smith, vol. II, p. 351). Puesto que aquí no pretendo resolver este interrogante, simplemente deseo llamar la atención sobre el componente axiológico inevitable que el mismo involucra. ¿Puede haber una manera de fijar el listón que no dependa de una decisión política y, en última instancia, valorativa? Si la respuesta nos parece *prima facie* negativa, casi que por relación transitiva intuyo que habrá de parecernos prácticamente infructuoso cualquier intento de establecer un criterio tendiente a definir una situación de necesidad absoluta que no involucre al mismo tiempo ninguna consideración axiológica.

Finalmente, la reflexión. He mencionado al pasar que el constructivismo ético ofrece una idea bastante atractiva a fin de aproximarse a la objetividad en materia normativa. Dos vertientes conviven en el interior de esta escuela metodológica. De un lado, una suerte de trascendentalismo filosófico *a la* Rawls, Habermas o Nino, para el cual los derechos y necesidades fundamentales de los seres humanos se obtendrían por deducción trascendental, tomando como punto de partida un *factum* indiscutible de la realidad moral e intentando determinar cuáles son las condiciones sin las cuales este mismo *factum* no lograría preservarse¹. Del otro, una suerte de universalismo deliberativo ampliamente demo-

¹ La inspiración kantiana de este trascendentalismo filosófico es indudable. Por supuesto, qué representa el *factum* moral para cada uno de los autores mencionados es una cuestión diferente. Para Rawls, este *factum* está representado por la idea de las personas como agentes libres e iguales, así como por el conjunto de intuiciones y principios morales que, en posición de equilibrio reflexivo, sean capaces de respaldar esta pretensión (véase RAWLS: 1980). Para Habermas, por su parte, por la idea de una razón comunicativa lingüísticamente estructurada, que es la que determina las condiciones de posibilidad de toda pretensión de verdad y de todo entendimiento posible (véase HABERMAS 1998a, pp. 65-69). Al objeto de conocer el argumento trascendental mediante el cual Habermas

crático, para el cual el grado de corrección que alcancen las decisiones que se adopten para resolver problemas prácticos de implicancias intersubjetivas constituye una función derivada de la calidad del debate producido, así como del nivel de consenso o aceptación que estas decisiones cosechen entre la población o entre sus representantes democráticamente electos. No sin cierta tensión, ambas vertientes coexisten en el interior de la misma escuela metodológica, al punto de que es sumamente habitual hallar no sólo en la obra de estos tres autores, sino en la de muchos otros, argumentos constructivistas inspirados por igual en una u otra vertiente.

A los fines de lidiar con el caso de las necesidades básicas derivadas, personalmente considero que es la segunda vertiente del constructivismo la que ofrece la mejor vía para arribar al tipo de objetividad relevante. En materia de emergencia, tal es la objetividad que nos desafía siempre que ha de precisarse qué necesidades aparecen comprometidas ante una situación o hecho determinado. Esto no significa que las situaciones de emergencia, cada vez que ingresan en escena, obliguen a resignificar políticamente estos derechos y necesidades, pues ello generaría resultados contraproducentes. En una democracia, como el propio Habermas ha recordado (cfr. 1998a, Cap. VII), el núcleo ígneo de compromisos fundamentales no puede regenerarse siempre desde cero².

Sin embargo, al no existir canon o criterio alguno que nos permita delimitar de antemano cuáles son las circunstancias que de modo indefectible ameritarán una revisión de las prioridades previamente asignadas, cualquier vía de solución no habrá de nacer sino de la deliberación político-democrática. Lo que hoy representa un grave perjuicio social puede no haberlo representado en otra época, incluso reciente. Hoy, por ejemplo, la conmoción que un simple atentado informático produce en el resguardo de algunas necesidades humanas seguramente no hubiera alcanzado a producirse años atrás, cuando el grado de dependencia que exhibía la sociedad respecto de la tecnología computacional era muy inferior. Aún si no están institucionalizadas, las necesidades básicas derivadas merecen una protección especial. Ahora bien, cuáles sean esos momentos en que

deriva los derechos fundamentales de este *factum*, véase en especial el Capítulo III de *Facticidad y validez* (1998a, pp. 147-197). Para Nino, finalmente, el *factum* viene representado por lo que él llama la "práctica social del discurso moral" (1989, p. 105; 2007a, p. 103). Para este autor, los derechos y necesidades fundamentales que deben estar satisfechos son precisamente aquellos de los que nadie podría prescindir si ha de transformarse en un participante activo de esta práctica (cfr. Nino, 2007b). Algunas dudas inquietantes sobre las implicancias anti-democráticas de esta teoría, pero que en cierta medida también podrían hacerse extensivas a las dos teorías anteriores, han sido planteadas por Roberto GARGARELLA en "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El 'constitucionalismo popular' frente a la teoría de Carlos Nino" (véase especialmente 2008, p. 215). Asimismo, véase MARTÍ: 2006, pp. 108-127, en donde se discute incisivamente la paradoja de sostener que la auténtica deliberación democrática descansa en una serie de precondiciones cuya necesidad debe presuponerse no democráticamente.

² La referencia a Habermas en este sitio no es casual. A diferencia de autores como RAWLS (1993, pp. 227-230), GUTMANN o THOMPSON (1996), quienes son partidarios de imponer algunas restricciones sustantivas a la deliberación, Habermas ha repetido en numerosas ocasiones que esto no es conveniente. En su debate con Rawls, por ejemplo, Habermas sostiene de manera taxativa que los derechos que componen la autonomía privada y pública de los ciudadanos, además de presuponerse recíprocamente, se redefinen de manera constante en el proceso democrático-deliberativo, con lo cual obrar apriorísticamente dejando fuera algunos de ellos resultaría por lo pronto inmodesto (cfr. HABERMAS: 1998b, pp. 64-71; véase además MARTÍ: 2006, pp. 85 y sigs.). Dicho esto, en *Facticidad y validez* deja en claro que la exclusión apriorística no es el único tipo de exclusión en juego. A veces es necesario que algunas restricciones deliberativas se impongan, sólo que esta necesidad siempre ha de juzgarse en relación a ciertos contextos y trasfondos culturales.

esa protección deba brindarse difícilmente resulte una cuestión que pueda resolverse en sede jurisdiccional prescindiendo de toda consideración valorativa.

5. Palabras finales: Del control judicial al control parlamentario

Si se admite entonces esta dificultad, quedaría pendiente la tarea de construir una fórmula que sea capaz de dar cuenta del control objetivo del presupuesto habilitante en materia de emergencia que no despierte las objeciones que aquí he suscitado. Una simple razón de espacio me ha obligado a posponer su abordaje para otra ocasión. Por eso, ya para concluir este trabajo, sólo deseo remarcar que si el motivo de preocupación que se esconde detrás de la negativa del Poder Judicial a abrazar una fórmula de la emergencia que a la vez sea objetiva y valorativa, se explica por la posibilidad siempre latente de caer víctimas de un decisionismo político arbitrario, nada podría hacer menos por desalentar esta preocupación que la idea de un control judicial que se presuma valorativamente aséptico.

En “La elección de ‘jueces constitucionales’ en las democracias actuales”, Federico Thea da cuenta fehaciente de “la profusa evidencia empírica que, desde hace más de cincuenta años, refuta el mito de que los jueces son ‘un cuerpo uniforme de técnicos jurídicos impermeables, que están por encima y más allá de los conflictos políticos’”, y que en el ejercicio de su función se comportan, parafraseando a Montesquieu, como ‘*la bouche qui prononce les paroles de la loi*’ (De l’esprit des lois, Garnier, 1777, Liv. XI, C. VI; cfr. Thea: 2014, p. 347). A lo que añade: “El dogma de la “asepsia judicial” (...) falla en no reconocer que los jueces, en realidad, no son técnicos legales impermeables, y que existen múltiples factores meta-jurídicos (entre ellos, ideológicos y políticos) que, consciente o inconscientemente, influyen en forma decisiva en el proceso de toma de decisiones judiciales” (ibíd., p. 347).

Uno de los objetivos que persigue Thea en este trabajo es el de demostrar que las tareas de seleccionar y nombrar a los jueces constitucionales de una democracia “exige el reconocimiento del rol político” que ellos cumplen cuando ejercen el control de constitucionalidad, así como “de los múltiples factores que, en la práctica, influyen en el proceso de toma de decisiones judiciales” (ibíd., p. 347). Thea sostiene que la tan parangonada independencia del poder judicial “no va a lograrse desideologizando y/o despotizando el proceso de selección de magistrados —dado que no hay forma de pretender algo que es inconcebible, o sea, personas sin ideología— sino al contrario, explicitando y transparentando las posiciones políticas, y aceptando el pluralismo ideológico que debe existir en todos los poderes del Estado, incluso en el poder judicial” (ibíd., pp. 347-8).

Asumiendo que en relación a ciertos asuntos de carácter público los jueces no puedan ser imparciales (cfr. *supra*, sección 2); y asumiendo al mismo tiempo que no hay control objetivo que pueda vanagloriarse de ser valorativamente aséptico (cfr. *supra*, secciones 3 y 4), ¿qué cabría esperar? ¿Procedimientos democráticos para la selección y nombramiento de los magistrados, como sugiere Thea? Sin descartar esta alternativa como un criterio de solución general adoptado para desactivar las incómodas implicancias de un activismo judicial mal entendido, no es tal cosa lo que quisiera sugerir aquí. De los tres poderes del Estado, el Poder Legislativo reúne, sin lugar a dudas, las mayores credenciales

democráticas, dadas no sólo su génesis y modo deliberativo de proceder, sino también su carácter eminentemente plural. Si existe una posibilidad auténticamente democrática de limitar la arbitrariedad política del Poder Ejecutivo, pues, habrá de ser en este Poder y no en el Poder Judicial en donde habremos de buscar la solución.

Hace ya más de veinte años, el jurista y filósofo argentino C. S. Nino supo ver que la deliberación parlamentaria representaba el mejor sucedáneo de lo que él denominó “la práctica social del discurso moral”, a la que en *El constructivismo ético* le adjudicó la capacidad de satisfacer el “requisito de atención imparcial de los intereses de todos, bajo el presupuesto de que no hay mejores jueces de los intereses involucrados que los mismos afectados que participan en el proceso colectivo de discusión” (1989, p. 105). “No hay nada que convenza más a la gente —decía Nino en otra obra— que una deliberación que se inicia en un Parlamento en el que los líderes políticos del gobierno y de la oposición debaten, de igual a igual, cada medida de gobierno que se va tomando” (2005, p. 653). En materia de emergencia, y tratándose de determinar cuáles son los intereses y/o necesidades que aparecen comprometidos por una situación o hecho concreto, resulta evidente por qué son órganos más bien plurales los que debieran garantizar la imparcialidad y la objetividad de una decisión.

¿Por qué en lugar de confiar en el poder de los magistrados, no confiamos entonces en el poder de nuestros representantes parlamentarios? Como muchos sabemos, las discusiones y debates a los que hoy en día estamos tan acostumbrados distan de reunir la razonabilidad y el rigor que serían deseables. Sin embargo, por más que esto sea estrictamente cierto, tal déficit no deja de estar ausente en el propio ejercicio de la magistratura. Imaginemos no obstante un escenario en el que esta falencia fuera enmendada por igual en uno y otro caso. ¿Cuál de los dos poderes nos otorgaría allí una mayor garantía o fiabilidad democrática? A esta altura, confío plenamente en que el lector será capaz de adivinar una respuesta.

Bibliografía

CARMONA CONTRERAS, ANA M., “El decreto-ley en tiempos de crisis”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2013, 47, pp. 1-20.

GARGARELLA, ROBERTO, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Carlos Nino”, en M. ALEGRE, R. GARGARELLA y C. ROSENKRANTZ (coord.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires: 2008, pp. 203-218.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, “El problema ético de las minorías étnicas”, en OLIVÉ, LEÓN (comp.), *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1993, pp. 31-57.

GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, “Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial”, en D. GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra (Temis), Bogotá, 2005, pp. 17-52.

GOODMAN, NELSON, “Words, Works, Worlds”, en P. MACCORMICK (ed.), *Starmaking. Realism, Anti-Realism, and Irrationalism*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, pp. 61-77.

GUTMANN, A. - THOMPSON, D., *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press, Harvard, Massachusetts, 1996.

HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998^a.

— “Reconciliación mediante el uso público de la razón”, en J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. G. Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1998b.

KANT, IMMANUEL, *La crítica del juicio*, Losada, Buenos Aires, 1961.

MALEM SEÑA, JORGE F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2008.

MARTÍ, JOSÉ LUIS, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

NINO, CARLOS SANTIAGO (): *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989

— *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2005.

— *Ética y derechos humanos*, 2^a ed., Astrea, Buenos Aires, 2007 a.

— “Autonomía y necesidades básicas”, en MAURINO, GUSTAVO (ed.), *Derecho, moral y política II*, Gedisa, Buenos Aires, pp. 99-110 (Los escritos de Carlos S. Nino), 2007b.

POSNER, RICHARD A., *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, New York, 2006.

PUTNAM, H., *Las mil caras del realismo*, trad. M. Vázquez Campos y A. M. Liz Gutiérrez, Paidós, Barcelona, 1994.

RAWLS, JOHN, “Kantian Constructivism in Moral Theory: Rational and Full Autonomy”, *Journal of Philosophy*, 1980, LXXVII: pp. 515-35.

— *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.

RICOEUR, PAUL, *Lo justo*, Caparrós Editores, Madrid, 2003.

SEARLE, JOHN, *La construcción de la realidad social*, trad. Antoni Domènech, Paidós, Barcelona, 1997.

— *Making the social world: The structure of human civilization*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

SMITH, ADAM, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 2 vols., J. M. Dent y Sons Ltd., Londres, 1958.

THEA, FEDERICO G., “La elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales”, en *Revista “Pensar en Derecho”*, N° 4, 2014, pp. 315-351.

WIGGINS, DAVID, “Claims of Need”, en *Needs, Values, Truth. Essays in the Philosophy of Value*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 1-57.

WILLIAMS, BERNARD, *La ética y los límites de la filosofía*, trad. Luis Castro Leiva, Monte Ávila Editores, Caracas, 1997.

ZIMMERLING, RUTH, “Necesidades básicas y relativismo moral”, *Doxa*, vol. 7, Alicante, 1990, pp. 35-54.



LA JUSTIFICACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO COLECTIVO *

*Myriam Consuelo Parmigiani***

Resumen: En el marco del Estado de Derecho Democrático Constitucional y a partir de jurisprudencia reciente de la provincia de Córdoba (Argentina), que convalida medidas que con el carácter de “carga pública” restringen derechos individuales a favor de la participación, el artículo reflexiona sobre la justificación de la libertad de expresión como derecho colectivo desde diversos abordajes teóricos de la democracia y se interroga, con base en ellos, sobre la claridad de los fundamentos vertidos en el decisorio judicial.

Palabras clave: derecho colectivo a la libertad de expresión - democracia - libertad de expresión.

Consideraciones introductorias

En un trabajo anterior¹ —que el presente revisa y profundiza, particularmente en orden a las concepciones de democracia en juego y a las correspondientes conclusiones—, he indagado ya sobre la posible tensión entre derechos individuales y derechos asociados a la participación democrática.

Con raíces primeras en el giro que el pensamiento estoico-cristiano produjo desde el organicismo de la ciudad antigua hacia la afirmación de la autonomía del alma individual, el progreso científico y el racionalismo del siglo XVII europeo acompañaron el desarrollo de la sociedad burguesa en su enfrentamiento con la monarquía absoluta y se constituyeron en la matriz ideológica del pensamiento liberal que generó las grandes revoluciones que están en la base del Estado de Derecho —la Revolución inglesa de 1688, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1789— y que advino formalmente constitucional de modo extenso en el curso del siglo XIX.

Los derechos individuales jurídicamente consagrados frente al poder estatal, son antes que nada derechos morales propios de la dignidad humana y que responden a la autonomía individual, al igualitarismo y al universalismo moral:

“Como tales, los derechos constituyen el núcleo de una concepción de justicia que hace posible la pretensión de legitimidad de cualquier sistema de organización política de un Estado moderno. Las decisiones legales y políticas son obligatorias en la medida que respetan los derechos individuales” (Cohen y Arato, 2002:28).

* Recibido 21/07/2016 - Aprobado 17/10/2016.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular Ordinaria de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente-Investigadora Categoría I- Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación.

¹ Se trata de la ponencia “Derechos individuales y democracia: ¿compatibilidad o colisión?”, presentada en el XII° Congreso Nacional de Derecho Político, UBA, setiembre 2015.

A las cruentas luchas por esos derechos constitutivos de la llamada “libertad negativa”, sucederá la lucha por la participación política.

El pensamiento y la institucionalización política liberal rechazaron tempranamente y de modo claro la democracia directa, eludiendo incluso el uso de la expresión democracia y adoptando la expresión “república” en su reemplazo. Sus argumentos fueron de carácter consecuencialista: dificultades insalvables de implementación en países con alguna envergadura en cuanto a su extensión y número de sus habitantes y, particularmente, por constituir fértil caldo de cultivo para la exacerbación de las diferencias, y el emerger de facciones, con la resultante del desorden social y su aprovechamiento por líderes autocráticos. En el paper X de El Federalista del 23 de noviembre de 1787, Madison condensa con total claridad esta posición:

“Este examen del problema permite concluir que una democracia pura... no puede evitar los peligros del espíritu sectario. ... Por eso estas democracias han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes. Los políticos teóricos que han patrocinado estas formas de gobierno, han supuesto erróneamente que reduciendo los derechos políticos del género humano a una absoluta igualdad, podrían al mismo tiempo igualar e identificar por completo sus posesiones, pasiones y opiniones. Una república, o sea, un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación, ... promete el remedio que buscamos...” (ed. cit. en bibliog.: 38-39).

Se multiplicaron los autores que, aunque reconociendo el principio de la soberanía del pueblo, no acuerdan con la llamada por Bobbio (1985: 500) “democracia participacionista” (es decir, con la democracia rousseauniana o el más moderado y sofisticado modelo ateniense). Las ideas de Constant, Tocqueville, John Stuart Mill, más tarde Kelsen y tantos otros, abonan el desarrollo de la democracia liberal, entendida como reconocimiento y garantía de derechos fundamentales de libertad de reunión, de asociación, de propiedad, de pensamiento, de profesión de fe religiosa, etc.. Y ella, además, instrumentada para la formación del poder estatal mediante la representación.

La modalidad representativa de la democracia liberal supone el derecho de cada miembro de la organización política a elegir y ser elegido, esto es, la posesión y ejercicio de los derechos políticos y de los recursos necesarios para su concreción (derecho de sufragio, formación de partidos políticos, sistemas electorales optimizadores de la participación, etc.). El derecho a la participación es visto también como el despliegue de la autodeterminación individual, esto es, también se trata de una de las libertades individuales conquistadas frente al absolutismo primero y luego frente a los enclaves elitistas del poder estatal a través fundamentalmente del logro del sufragio universal. Aun cuando los derechos políticos importen la atribución de una capacidad específica (“libertad positiva”), y no la de una facultad que puede o no ser ejercida como en las restantes libertades individuales.

Históricamente, en el Estado de derecho constitucional primó en los hechos una perspectiva individualista que priorizó las libertades ganadas por el individuo frente a los poderes públicos en detrimento de la igualdad, valor éste distintivo de la democracia —así como de los llamados “derechos sociales” que

se desarrollarán en el curso del siglo XX, con derivaciones posteriores hacia los nuevos “derechos colectivos” —.

Tal decurso sucesivo del reconocimiento y garantía de los derechos, jalado por enfrentamientos con frecuencia sangrientos y argumentos que enfrentaban antes al liberalismo conservador con el socialismo y más recientemente a la “Nueva Derecha” con la “Nueva Izquierda”, sugiere sin duda una tensión entre autonomía individual e igualdad, así como entre derechos individuales y participación democrática. Hace casi ya dos siglos, la aguda observación de Alexis de Tocqueville en su magistral *De la democracia en América*, daba cuenta este dilema:

“Nuestros antepasados se sentían siempre inclinados a hacer un uso impropio de la idea que los derechos privados deben ser respetados; nosotros, por nuestra parte, tendemos de forma natural a exagerar la idea de que el interés de un individuo debe ceder siempre ante el interés de los muchos” (1985:49).

Ello justifica la temática que abordo en el presente trabajo, a pesar que —bueno es adelantarlo—, estimo que los puntos de quiebres o fricciones se asocian a concretas situaciones políticas y sociales que van reclamando nuevos equilibrios y no al nivel conceptual, como lo atestiguan los claros desarrollos a favor de la igualdad en pensadores liberales de la talla de Kant y Mill y hoy, de Rawls, Dworkin, Bobbio, Sartori y muchos otros. Los sucesivos derechos reconocidos y garantizados están contenidos ya en la idea misma de autonomía de la voluntad.

En el referido nivel conceptual, vale recurrir a la autoridad del pensamiento de Kant y recordar que la dignidad moral del hombre, el origen de la moralidad que lo distingue, se encuentra en la libertad, es decir, en el principio de autonomía de la voluntad. Y que la ley moral exige universalidad: “*Obra de tal manera que puedas querer que el motivo que te ha llevado a obrar sea una ley universal*”, reza el imperativo ético, con lo cual la extensión de la ley moral exige también el valor igualdad.

En lo que sigue, procuraré contribuir a la discusión sobre la posible tensión aludida, a partir del siguiente desarrollo:

A) La presentación de un fallo judicial resultante del ejercicio de una acción declarativa de inconstitucionalidad que resuelve sobre una cuestión que califica dentro de la relación tensionada que aquí interesa.

La selección de este punto de partida se justifica en cuanto el *corpus* sentencial permite acceder —a raíz de una innovación legislativa que atañe a la propaganda política— a los principios constitucionales de interés.

El diseño institucional argentino da, en un sentido relevante, preeminencia al Poder Judicial en lo que respecta a la toma de decisiones que se encuentran relacionadas con derechos y garantías de los particulares que poseen rango constitucional. Ello es coherente con el principio de supremacía constitucional, consustancial al Estado de Derecho, que el Poder Judicial está llamado por antonomasia a resguardar².

Ahora bien, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales se expresan, típicamente, como principios y no como reglas. Y, por tanto, cuando los particulares esgrimen ante los Tribunales la prevalencia de sus

² Casi está de más señalar que la existencia de este diseño normativo-institucional surge de la normativa jurídico-positiva vigente (arts. 31, 43, 116 y conc. C.N.; arts. 48, 160, 161 y conc., C.Pcial.).

derechos constitucionales por sobre determinados actos del Estado, los jueces deben razonar sobre la base de derechos fundados en principios, no en reglas.³

B) La regla generada por el discurso normativo de los principios constitucionales.

C) La ponderación del discurso normativo desde las distintas concepciones de la democracia.

A. El fallo judicial seleccionado

A.1. Presentación del fallo

Se trata del Auto Interlocutorio n° 63 del 22 de junio del año 2015, recaído en los autos caratulados “La Voz del Interior S.A.c/Provincia de Córdoba - Acción declarativa de inconstitucionalidad” en donde el núcleo del reclamo refiere a la inconstitucionalidad del art. 215 de la ley 9571/2008, designada como “Código Electoral de la Provincia de Córdoba”.

Pertenece a la actora un diario de amplia circulación en toda la Provincia de Córdoba e incluso provincias vecinas y se agravia en tanto dicho artículo impone a los periódicos de edición provincial destinar, en forma gratuita y durante los últimos diez (10) días corridos anteriores a la veda electoral, media página por edición para la divulgación de las propuestas programáticas, planes de trabajo y plataforma electoral de los partidos políticos, alianzas o confederaciones políticas que participen en las elecciones.⁴ E invoca en su apoyo de su reclamo

³ De manera sucinta —sin pretender esconder las muchas discusiones habidas al respecto— puede recordarse en qué consiste la distinción entre reglas y principios del siguiente modo:

“Para algunos autores, que siguen una distinción propuesta por Dworkin (Dworkin, 1977: cap. II), cabe distinguir entre las normas jurídicas prescriptivas dos subclases: la clase de las reglas, que tienen establecidas sus condiciones de aplicación de manera cerrada en su supuesto de hecho, y la clase de los principios, que tienen establecidas sus condiciones de aplicación de manera abierta, o bien porque algunas de sus condiciones de aplicación son implícitas o bien porque todas son implícitas. Es decir, en el caso de las reglas, el supuesto de hecho es una condición suficiente para la aplicación de la consecuencia jurídica; en el caso de los principios, el supuesto de hecho es tan sólo una condición contribuyente —una condición contribuyente es una condición necesaria de una condición suficiente— de la aplicación de la consecuencia jurídica” (MORESO - VILAJOSANA, 2004: 90).

Agregando los autores citados como criterio de tipificación paralelo al anterior:

“...los principios establecerían, mediante normas constitutivas, determinadas dimensiones de los estados de cosas ideales que el mundo debe tener para ser conforme al Derecho” (MORESO - VILAJOSANA, 2004: 91).

Los principios contenidos en normas de jerarquía constitucional que pueden ser esgrimidos por los particulares frente al accionar gubernamental son, en su inmensa mayoría, principios morales juridificados (cf. ATIENZA, 2001: 266) que, en el tipo de casos en que me estoy situando, entran en pugna con otros principios morales o con directrices políticas.

⁴ Cabe agregar que el artículo mencionado también imponía una obligación de difusión a los medios electrónicos. Y precisar asimismo que a la fecha del fallo, el citado artículo había sido modificado por el art. 13 de la ley 10.272 (B.O.P. 22/04/2015), quedando redactado de la siguiente manera “*Espacios gratuitos. A los efectos de contribuir con los procesos democráticos y la consiguiente educación cívica del pueblo, los medios electrónicos de comunicación provinciales —radiales y televisivos— deben destinar, sin costo alguno, un adicional del veinte por ciento (20%) de la totalidad de los espacios que les hubiera contratado el Juzgado Electoral para la divulgación de las propuestas programáticas, planes de trabajo y plataformas electorales de los partidos, alianzas o confederaciones políticas que participen en las elecciones, durante los últimos diez (10) días corridos anteriores a la veda electoral. A los mismos efectos y durante el mismo lapso, los periódicos de edición provincial destinarán una (1) página por edición...*”. Del contenido de la norma se advierte que el agravio invocado por la parte actora se mantenía —incluso incrementado— por lo que el Tribunal entendió que debía pronunciarse y respetando su propia jurisprudencia constante en punto a que los fallos deben atender a las circunstancias

que la disposición cuestionada afecta los derechos de propiedad (arts.14 y 17 de la C.N.), a comerciar libremente y ejercer industria lícita (art. 14 de la C.N.) y de igualdad (art. 16 CN); y viola la garantía de razonabilidad y la libertad de expresión y de pensamiento (arts. 14 y 32 CN y art 13 CADH).

En un extenso fallo, el TSJ no hizo lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta. Me centraré en una síntesis de los aspectos más fuertemente asociados a la tensión derechos individuales vs. democracia, que el propio TSJ resume apretadamente en los siguientes términos:

“..., los derechos que se presentan como enfrentados en el *sub lite* serían: el derecho de propiedad y de libre industria de la actora, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión en su aspecto colectivo y a la equidad en el acceso a los medios de comunicación, por el otro”.

A.2. Los ejes argumentales del decisorio

Para la cuestión tematizada en el presente trabajo, pueden destacarse cinco ejes argumentales, a saber:

A.2.1. Primer eje: Los principios rectores del control de constitucionalidad

El TSJ —invocando de modo continuo y amplio jurisprudencia de la CSJN y propia, así como literatura clásica sobre el tema—, reafirma las ideas usuales expuestas por nuestros tribunales en la materia, concluyendo con el del respeto al principio de división de poderes; enfatiza que éste genera una presunción *juris tantum* a favor de la constitucionalidad de una ley, presunción que sólo cede ante la demostración contundente de su incompatibilidad con la Constitución.

Llegado a este último punto, el fallo valoriza la ley tachada de inconstitucional en uno de sus artículos, reseñando el proceso de su sanción. La ley 9571/2008, designada como “Código Electoral de la Provincia de Córdoba”, afirma que respondió a la necesidad de mejorar y fortalecer el funcionamiento del régimen político y electoral de la Provincia. También, que cuando el marco social, institucional, político y electoral demandó soluciones a la situación de crisis en la que se encontraba inmerso el régimen político y electoral de la Provincia, los Poderes Legislativo y Ejecutivo asumieron sus responsabilidades institucionales y con la debida previsión y coherencia, ejercieron sus atribuciones reformando la legislación vigente. Resalta el TSJ el amplio proceso de estudio, consultas y discusión que precedió a la reforma. En dicha tarea se desarrollaron diferentes actividades y acciones en procura de lograr un amplio consenso en la sanción del nuevo régimen. Prueba de lo cual fue la conformación de la Comisión Consultiva de Expertos (CCE)⁵, integrada por ciudadanos destacados y expertos en la materia, a los fines de formular una propuesta dirigida a la modernización y fortalecimiento del régimen en cuestión. Posteriormente se dispuso la creación, en el seno del Poder Legislativo, de una Comisión Especial para la Reforma Política (CERP)⁶, que llevó adelante su labor garantizando un proceso legislativo con un amplio debate acerca de los proyectos de ley referidos a la reforma política electoral; y la convocatoria de una Audiencia Pública —realizada por la CERP— en la

existentes al momento de ser dictados, aunque sean sobrevinientes a la interposición de la acción o recurso de que se trate.

⁵ Decreto del Poder Ejecutivo Provincial 2192/07, de fecha 10/12/2007, B.O.P. 11/02/2008.

⁶ Resolución del Poder Legislativo Provincial 2097/08, de fecha 25/06/2008.

que se recibieron los aportes y la opinión de los distintos sectores de la sociedad vinculados e involucrados con la temática en cuestión, para finalmente concluir con un amplio consenso en la aprobación de la reforma.

El TSJ insiste que en la interpretación y aplicación del régimen político-electoral sancionado en tales circunstancias y cuestionado en su constitucionalidad en la causa bajo examen, debe tenerse presente un principio liminar en el que se apoya el Estado de Derecho, cual es la presunción de constitucionalidad de que gozan los preceptos dictados de conformidad con los procesos de formación, sanción y promulgación de las leyes que prevé la Constitución.

A.2.2. Segundo eje: La importancia de las campañas electorales

Atento a que la cuestión a decidir gira en torno al financiamiento de determinada propaganda electoral durante las campañas electorales⁷, el TSJ realiza en el fallo comentado una serie de consideraciones sobre el rol e importancia de éstas en la democracia.

Citando a Mackenzie (1962), enfatiza que las elecciones libres son aquellas en las que a cada elector se le ofrece la oportunidad —una oportunidad igual— de expresar su parecer a la luz de la opinión y sentir propios. Unas elecciones no son tales si no descansan en la libre comunicación de ideas; desde tal perspectiva surge que la campaña electoral es básicamente un ejercicio de comunicación y constituye un especial momento del proceso electoral en el que la importancia de la información y de la comunicación entre las partes implicadas en el proceso electoral —fuerzas políticas, candidatos, electores— es el elemento clave destinado a garantizar la referida libertad electoral.

Mediante ellas, las fuerzas políticas que participan en la competencia para ocupar cargos públicos de base electiva, no buscan otra cosa que comunicar sus programas e ideas, movilizar a sus simpatizantes e influir y politizar a la población en el sentido de captar sus preferencias políticas. Vistas desde el ciudadano, le garantizan su participación en la conformación de la voluntad popular de manera informada, de modo que —concluye el fallo—, así como no es posible hablar de democracia sin elecciones, tampoco lo es hablar de elecciones libres sin campañas electorales.

Es por eso, remarca el fallo reseñado, que los legisladores cordobeses han considerado que “...las erogaciones destinadas a financiar los partidos políticos y las campañas electorales no deben ser tomadas como un gasto sino que deben ser consideradas como una verdadera inversión, fundamental en un sistema democrático”⁸. Puntualiza que “... la legislación de un Estado debe asegurar la vigencia de tres aspectos interrelacionados: las libertades políticas, la neutralidad e imparcialidad de los organismos públicos, y la igualdad de oportunidades... la presencia de estas condiciones constituye la base de un proceso electoral democrático, el cual apunta a la celebración de elecciones libres y competitivas. Por una parte, un grado aceptable de competencia es condición fundamental para

⁷ Definidas por el art. 208 del Código Electoral Provincial como *el conjunto de actividades realizadas por los partidos, alianzas o confederaciones políticas que participen de una compulsa electoral, con el propósito de promover la participación del electorado y la captación del sufragio a favor de sus candidatos*.

⁸ Acta nro. 9 del 29/09/2008 de la Comisión Especial para la Reforma Política (CERP), palabras del legislador Fortuna, folio 29.

que el elector elija al menos entre dos opciones. Por otra, para que queden garantizadas condiciones de competencia política auténtica es indispensable asegurar, asimismo, que las diversas organizaciones participantes en una elección estén en libertad e igualdad de oportunidades para acceder al electorado.

A su vez, no se puede dejar de considerar que los candidatos deben llegar con su mensaje a una gran masa de electores, constituyendo los medios masivos de comunicación (prensa, radio, televisión) los principales canalizadores de flujos de información entre los partidos y los ciudadanos, lo que incrementa su importancia, toda vez que pueden resultar decisivos para el éxito electoral de un determinado partido político o candidato, reforzando la idea de garantizar su acceso igualitario a todas las agrupaciones políticas que hubieren oficializado listas de candidatos.

A.2.3. Tercer eje: El financiamiento de las campañas electorales

Sentada la importancia que reviste la campaña electoral en los procesos democráticos, otro de los ejes del fallo es repasar el régimen jurídico que resguarda el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación.

Luego de advertir que entre las principales reformas incorporadas por la ley 9571 se encuentran la regulación de los mecanismos de financiación de la campaña electoral (cfr. art. 186), explícita que prevé dos clases de financiamiento para que los partidos políticos hagan frente a las erogaciones generadas con motivo de la campaña electoral. El público, constituido por aportes del Estado y destinado a la contratación de espacios publicitarios en medios electrónicos de comunicación (radio y televisión), y el privado.

En materia de interpretación de la ley, sostiene el TSJ, la primera regla a seguir consiste en respetar la voluntad formal del legislador; bajo este criterio e indagando las razones contenidas en los fundamentos de la ley 9571, se advierte que con su sanción se procuró no sólo brindar reglas claras y precisas en lo relativo al origen y destino de los fondos partidarios, sino que también se encaminó a facilitar la competencia democrática, haciéndola más equitativa, con el objetivo de garantizar que todas las fuerzas políticas que participan en una elección tengan reales posibilidades de acceder a los cargos públicos de origen electivo.

Recuerda que en cuanto al origen público de los fondos para gastos de campaña, se expuso que con ello se persigue, por un lado, lograr condiciones más equitativas durante la competencia electoral entre los diversos actores políticos, y por otro, mayor transparencia en materia de financiación. En tal sentido, la necesidad de financiar a los partidos políticos con fondos públicos está inspirada en el requerimiento de democratizar las campañas, corrigiendo desfases y riesgos que podrían generarse con un financiamiento exclusivamente privado. Ahora bien, el financiamiento estatal a los partidos políticos generalmente puede otorgarse bajo tres modalidades: 1) Financiamiento público directo, mediante la entrega de dinero, bonos o préstamos; 2) Financiamiento público indirecto, a través de facilidades en cuanto a servicios, infraestructura, exoneraciones, acceso a los medios de comunicación; o 3) Financiamiento público mixto, el que incluye los dos tipos de apoyos previamente mencionados. En la legislación electoral cordobesa, tal como prevé el Título I del Libro Segundo de la ley 9571, el mecanismo de financiación vigente es el mixto, pues el aporte estatal no se reduce a la contribución depositada por el Estado en el Fondo Partidario Permanente

(arts. 187, inc. 1, y 188), sino que se complementa con el acceso gratuito a los medios de comunicación garantizado por el art. 215 de la mencionada norma. Sobre el tema, la doctrina ha señalado que si bien no existe un único patrón de financiamiento público indirecto en los países de América Latina, una de las modalidades de apoyo estatal más importante lo constituye el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de comunicación estatales o privados. Esto es así pues, en aras de contribuir al involucramiento de la ciudadanía y a su mayor formación y capacitación en el ejercicio de su derecho político por excelencia, como es el sufragio, el Estado puede establecer esta clase de cargas a los particulares, siempre que las mismas resulten adecuadas para garantizar el piso de información que requieren los electores y de competitividad entre los candidatos, y razonables para quienes deben soportarlas.

A.2.4. Cuarto eje: La libertad de expresión como derecho colectivo y la equidad en el acceso a los medios de información periodística

Este eje es el núcleo duro del fallo. El fallo del TSJ entra a referirse concretamente a la pretensión de la actora en punto a la declaración de inconstitucionalidad de la obligación que le es impuesta por el art. 215 de la ley 9571, en tanto violaría sus derechos constitucionales (fundamentalmente, la libertad de expresión y el derecho de propiedad y de industria).

Y en ese sentido, recuerda en coincidencia con la CSJN⁹ que la intensidad del control de constitucionalidad de la norma atacada debe corresponderse con la naturaleza y la entidad de los derechos en juego. En el caso, si bien la parte actora alega una posible afectación de su libertad de expresión, ello no surge de los autos, pues en un Estado democrático la libertad de expresión no sólo atañe al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento, sino también al derecho social a la información de los individuos que forman parte del mismo¹⁰.

En su faz colectiva, la libertad de expresión es un instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública. Desde este punto de vista constituye una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática como sistema de autodeterminación colectiva, por la cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política¹¹.

En este marco, la libertad de expresión es considerada como una protección de la soberanía popular, en tanto garantiza la más amplia diseminación posible de información de fuentes diversas y antagónicas¹².

De lo que se deriva que la norma atacada lejos de lesionar la libertad de expresión procura afianzarla, pues mediante la distribución equitativa del espacio publicitario entre todas las fuerzas políticas contendientes en un proceso electoral, se persigue garantizar la plena difusión de todas las propuestas políticas a la mayor cantidad posible de electores, a los fines de brindarles las herramientas mínimas de información que les permita evaluar y determinar su pro-

⁹ Cfr. CSJN, 29/10/2013, en autos "Grupo Clarín S.A."

¹⁰ CSJN, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbin, Indalia c. Editorial Atlántida S.A. s/daños y perjuicios", Fallos: 306:1892; 12/03/1987, "Costa Héctor Rubén c. M.C.B.A. y otros", Fallos: 310:508, entre otros.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5-85 del 13/11/1985.

¹² Cfr. CSJN, 29/10/2013, en autos "Grupo Clarín S.A."

pia preferencia política. Dejar librado el acceso a los medios de comunicación gráficos sólo a las posibilidades económicas de las agrupaciones partidarias que participan en un proceso electoral, devendrían en un perjuicio para el debate público tan necesario para la formación de la voluntad colectiva.

El fallo de modo coincidente con todas las razones ya expuestas, se adhiere a lo expresado por la CSJN: desde esta perspectiva, la libertad de expresión se constituye fundamentalmente en precondition del sistema democrático¹³.

A diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual, donde la actividad regulatoria del Estado es mínima, la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se intensifica, pues los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés del Estado en la regulación resulta incuestionable.

En tal sentido, la Corte Interamericana ha reconocido en numerosas decisiones la intervención estatal activa para garantizar la vigencia de la libertad de expresión al declarar que la equidad debe regir el flujo informativo y una de las formas con las que cuenta el Estado para asegurar el mayor pluralismo en la exteriorización de ideas es mediante la sanción de normas que a priori organicen y distribuyan de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios de comunicación. En tal tarea, le corresponde al Estado decidir cuáles serán las pautas que considera más adecuadas para asegurar el debate público y el libre y universal intercambio de ideas.

En esta línea es que, afirma el fallo, el Poder Legislativo de la Provincia consideró apropiado para garantizar la equidad en el acceso a la prensa provincial y la pluralidad en la oferta electoral, lo dispuesto en la norma cuestionada. Y como ya sostuvo previamente, el control de constitucionalidad debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y la entidad de los derechos enfrentados, y en tal sentido, cuando lo que está en juego son normas referidas a cuestiones patrimoniales que sólo restringen derechos de esa naturaleza, el control debe ser menos intenso, pues en este contexto cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad; con más razón si los derechos que se encuentran del otro lado se constituyen en pilares fundamentales en la arquitectura de nuestro régimen democrático de gobierno, como ocurre en los autos considerados.

A.2.5. La razonabilidad como "filtro" de las restricciones a los derechos

El fallo aborda este eje a partir de la inveterada jurisprudencia de la CSJN de que la limitación a los derechos constitucionales es posible en tanto sea "razonable". Esto exige el análisis de la justificación, adecuación y proporcionalidad de la norma que en el caso se cuestiona (o sea, del art. 215 de la ley 9571).

En punto a la justificación, es indudable que ella cumple con el requerimiento de tener como fin la satisfacción del bien común, en cuyo beneficio se ha impuesto la carga. El requisito de la adecuación también es observado, toda vez que la carga impuesta es a los fines de consolidar y contribuir al sistema democrático vigente y constitucionalmente previsto, el que configura el presupuesto institucional básico del adecuado y razonable ejercicio de todos los derechos y responsabilidades constitucionales, y sin el cual ninguno de éstos podría ser

¹³ Cfr. CSJN, 29/10/2013, en autos "Grupo Clarín S.A."

exigido ni garantizado por el Poder Judicial. Finalmente, también se satisface la proporcionalidad, pues frente a la envergadura de los objetivos institucionales perseguidos por la norma cuestionada, la restricción de los derechos del reclamante sólo se traduce en eventuales pérdidas de ganancias por un período acotado en el tiempo.

B. La regla generada por el discurso normativo de los principios constitucionales

Es posible afirmar que del discurso normativo del fallo presentado se infiere la siguiente regla jurídica:

Los derechos individuales (en particular, los de carácter patrimonial) pueden ser restringidos por cargas públicas que contribuyan a optimizar las campañas electorales en los procesos democráticos, a fin de lograr una mejor satisfacción de la libertad de expresión como derecho colectivo, así como un acceso más equitativo de los partidos políticos a los medios de comunicación masivos.

Podría objetarse al enunciado precedente que adolece aún de un grado de indeterminación significativo, dado las expresiones “mejor” (satisfacción) y (acceso) “más equitativo”, lo que lo limitaría como regla de derecho, en la que el supuesto de hecho debe ser una condición suficiente para la aplicación de la consecuencia jurídica. Me hago cargo de la objeción, a la que sólo puedo responder aduciendo el tipo de derechos políticos en juego, asociados a procesos y no a condiciones permanentes.

C. La ponderación del discurso normativo del fallo presentado, a la luz de distintas concepciones de la democracia

C.1. Distintas concepciones de democracia

Desde el debilitamiento de los totalitarismos en un proceso por cierto con altibajos que arranca desde la Segunda Guerra Mundial y la extensión de regímenes democráticos en el mundo, al menos como ideal, han proliferado las teorías sobre la democracia, sus clasificaciones, denominaciones y críticas diversas. Dentro de este cúmulo de perspectivas, lo que pareciera estar claro es la necesidad de repensar la democracia liberal clásica en tanto modelo de justificación de las decisiones que el Estado impone a los individuos con todo el peso de su poder coactivo. Pues como dice Nino (2005:195):

“En verdad, la tensión entre liberalismo y democracia parece evidente, y ha sido notada recurrentemente, tanto por filósofos como por políticos prácticos. La cuestión se presenta entre los derechos individuales y las decisiones democráticas”.

Para el pensamiento liberal clásico, el consentimiento individual es crucial en la preservación de la libertad que permite la realización de los planes de vida personales, desplegados en la sociedad civil a través del ejercicio de los derechos individuales y planteados frente al Estado en una dicotómica relación Estado-sociedad. Razones de imposibilidad práctica obligan a canalizar ese consentimiento a través de la representación política y el principio de la mayoría, los que deben tratar de optimizar su correspondencia con la totalidad de las volun-

tades individuales a través del sistema de partidos, del sistema de representación proporcional y de la formación de coaliciones (cf. Kelsen, 1977).

En lo que sigue, presentaré brevemente los aportes de algunos autores a este desafío de la reformulación de la democracia liberal clásica, guiada la selección por su utilidad para el análisis del fallo considerado.

Desde una perspectiva descriptiva y explicativa de los procesos democráticos —sobre todo como funciona la democracia norteamericana—, el *pluralismo* es la teoría empírica con anclaje liberal más difundida en los últimos tiempos. El Estado es visto como un espejo de la sociedad, un elemento pasivo y neutral que se limita a receptor las demandas que le llegan de la sociedad civil a través de mecanismos como las elecciones o la actividad de los grupos de presión, dentro del marco de una clara separación entre Estado y sociedad civil. Para Dahl, su más destacado representante, no hay un centro de gravedad fijo en la toma de decisiones políticas:

“...hay múltiples centros de poder, ninguno de los cuales es completamente soberano” (1967:64).

La idea es la de “poder compensador”: si un grupo demuestra ser más fuerte que los demás, éstos generan estrategias diversas para la competencia como contrapeso al poder e influencia del grupo original¹⁴. En desarrollos más recientes, Dahl se hace cargo de la crítica a la idea de “poder compensador” y ya dentro de una línea *neopluralista*, reconoce que en las complejas sociedades actuales el problema no es compatibilizar la libertad con la igualdad, sino con la desigualdad y afirma que

“... el capitalismo corporativo moderno... tiende a producir desigualdades tan grandes respecto a los recursos sociales y económicos, como para causar severas violaciones a la igualdad política y por tanto al principio democrático...” (1985:60).

Si, en fin, ha de realizarse la autonomía del individuo, significa que deben concretarse las condiciones para la participación del ciudadano en las cuestiones que le son importantes, las que son especificadas por Dahl¹⁵.

La teorización pluralista de cuño liberal expuesta recibió desde fines de los '60 las críticas del denominado “republicanismo cívico”, entendiéndose que estrechaba los espacios de participación con su rígida separación entre lo público y lo privado. Macpherson, Pateman y otros autores de esta corriente de la llamada Nueva Izquierda, cabalgando entre el nivel descriptivo y el normativo, abogan por la democratización en todas las esferas de la vida (penetradas siempre por la política), en particular en los lugares de trabajo, bajo la idea que ello expande la

¹⁴ Dahl vincula explícitamente su concepción con la de Madison en *El Federalista*: el valor de la democracia reside en evitar que ningún grupo, partido o facción predomine sobre otro dominando de modo permanente las instancias claves de poder. Instituciones como el voto periódico, la división de poderes, el federalismo y la representación en lugar de la democracia directa, son instrumentos para evitar hegemonías.

¹⁵ En Dahl se encuentran diversas enumeraciones de los requisitos de la “poliarquía”, una de ellas la siguiente (1985): 1. Votos iguales (la regla para determinar los resultados debe tener en cuenta por igual las preferencias expresadas por cada ciudadano); 2. Participación efectiva (a lo largo del proceso de toma de decisiones, cada ciudadano debe tener una oportunidad adecuada e igual para expresar sus preferencias sobre el resultado final); 3. Comprensión bien informada (con el fin de expresar correctamente sus preferencias, cada ciudadano debe tener las mismas oportunidades suficientes... para descubrir y validar sus preferencias sobre la cuestión a decidir); 4. Control final del *demos* sobre la agenda (es decir, sobre qué cuestiones decidir); 5. Un *demos* comprensivo (integrado por todos los miembros adultos, salvo los transeúntes y los de probada deficiencia mental).

autodeterminación y fomenta el desarrollo de virtudes cívicas de diversa índole. No obstante, merece ser señalado que, con el aditamento de exigencias para una mayor participación, las instituciones tradicionales de la democracia representativa (partidos políticos, elecciones periódicas, etc.) se consideran inevitables.

En el terreno de la filosofía propiamente dicha, este énfasis puesto en la democratización de las esferas de la vida ha sido recogido por las concepciones de la democracia deliberativa que desarrollaron, entre otros autores, R. Dworkin, J. Habermas y J. Rawls. Sin embargo, mientras los dos primeros confían en la potencialidad del proceso democrático para ir definiendo y redefiniendo los derechos individuales a la luz de las circunstancias, el último, en cambio, parece mostrarse más conservador al respecto. Veamos a continuación una caracterización muy breve de sus rasgos más distintivos.

Dworkin sostiene que para que los principios de la igualdad liberal sean posibles, el liberalismo político debe desarrollarse en un continuo con la ética, de manera que la perspectiva personal se integre a la perspectiva política. De ahí su objeción a ciertos planteos contractualistas como el rawlsiano, basado en la hipótesis de que, al contratar, los individuos hacen abstracción de sus concepciones sobre una vida buena. No se trata de entender la neutralidad como un axioma, como un principio formal, sino como lo resultante de una discusión normativa, esto es, como el producto acumulativo de una serie de prácticas históricas que han conducido a una determinada y conveniente *integración ética*.

Ello lleva a la distinción de dos concepciones liberales de la democracia: la “estadística” (en la que hay una simple visión de sumatoria de votos individuales) y la “comunitaria” o “integrada”, que recuerda al pensamiento de Rousseau pero eliminando de él todo rastro totalitario. Mientras la primera no reconoce más que las “disposiciones explícitamente estructurales” de los textos constitucionales, con las simples reglas formales del juego que rigen la formación de mayorías y minorías, para la segunda resultan esenciales también las “disposiciones limitativas” ya que toda democracia auténtica implica un concepto de comunidad política fundada sobre ciertos ideales compartidos (los “valores superiores”), que definen y prestan su sentido último al juego democrático. Ello impone requisitos que importan no pocas dificultades para la democracia, que Rubio Carracedo (2009:34-35) resume del siguiente modo:

“Tal proceso integrativo ha de producirse mediante la conjunción de tres principios: a) *principio de participación*, que señala a cada ciudadano el puesto desde el cual va a influir en el contenido de la decisión política en cuanto ‘miembro igual’ que los demás (sufragio universal efectivo, libertad de expresión y de asociación, etc.); b) *principio de implicación*, que señala a cada ciudadano su interés igual y recíproco en los intereses de todos, dado que se trata de una acción comunitaria integrada, lo que implica que una distribución desigual de los bienes primarios sería tan injusta como antidemocrática (democracia “para el pueblo”); y c) *principio de autonomía*, que asegura el carácter integrador y no ‘monolítico’ de la comunidad política: cada ciudadano se siente colectivamente solidario y responsable, pero sus juicios y convicciones son personales, aunque forjados en la deliberación pública, que estimula y refuerza su ‘competencia cognitiva’ sin corromperla mediante procedimientos más o menos veladamente coercitivos. Esta exigencia de autonomía de juicio de los ciudadanos conlleva un sentido fuerte (sin restricciones) a las garantías constitucionales de libertad de expresión,

de asociación, etc., así como de la tolerancia liberal (libertad de conciencia, pluralismo ético en cuestiones controvertidas, etc.). De este modo, la democracia 'comunitaria' se distingue de la democracia 'estadística' en que esta última sólo requiere el principio de participación política en sentido formal, y de la de signo 'monolítico' porque ésta no reconoce el principio de autonomía".

En cuanto a Habermas, su concepción de la democracia a menudo ha sido catalogada de "radical" (cf. Larmore, 2008: 159), porque al explicar de qué manera debe entenderse el ejercicio de la autonomía en una democracia moderna, desconfía de cualquier norma antecedente que exceptúe del debate público a ciertos derechos o deberes preconcebidos. Sólo un principio moral, sostiene Habermas, ha de guiar la empresa dialógica, llamado *principio discursivo D*: "Son válidas aquellas normas, y sólo aquellas normas, a las que podrían dar su consentimiento todos los posibles afectados en tanto que participantes de discursos racionales" (Habermas, 2006: 86). La democracia tiene su base en la autonomía colectiva de los ciudadanos, declara Habermas, porque al determinar los principios por los cuales ellos se gobernarán a sí mismos, no hay deferencia alguna a normas preestablecidas; allí, sólo vale aquel principio (cf. Larmore, 2008: 159). En palabras del mismo Habermas: "Nada es dado con anterioridad [*vorgegeben*] a la práctica ciudadana de autodeterminación [*Selbstbestimmungspraxis*] que no sea el principio discursivo" (1992: 161). Por eso la democracia que Habermas tiene en mente es así de radical, porque los derechos que garantizan las libertades individuales (como la libertad de expresión o la de asamblea) sólo pueden obtener su autoridad de la aplicación del principio discursivo a la forma del sistema jurídico, sirviendo los derechos de participación política tan sólo para posibilitar la institucionalización de esta autodeterminación normativa, de contenido siempre abierto y contingente (cf. Larmore, 2008: 159).

Como podrá apreciarse, estas dos concepciones de la democracia contrastan con la mantenida por J. Rawls. Desde luego, de manera similar a Dworkin y Habermas, Rawls cree que la deliberación debe ocupar un rol central en una democracia constitucional bien ordenada [*well-ordered constitutional democracy*] (cf. Rawls, 1999: 579). Central para ella es la suposición de que las opiniones políticas que los ciudadanos expresan en el debate público con otros ciudadanos no pueden constituir una mera expresión de intereses privados o no políticos ya prefijados; por el contrario, si estas opiniones tienen algún valor, ello se debe a que en principio podrían ser revisadas a la luz de lo que vaya surgiendo del propio debate público (ibíd.: 580). Sin embargo, aunque esto acercaría a Rawls a la postura de los dos autores previamente analizados, hay un componente característico de su posición que lo sitúa en marcado contraste con ellos. Me refiero, en particular, a los tipos de razones que un ciudadano o un representante político podría expresar en el seno del debate público. Según Rawls, no toda razón es válida. Por ejemplo, si un representante democráticamente electo adujera como fundamento de un arreglo institucional el hecho de que favoreciera su propia concepción del bien, esta razón merecería ser rechazada. En síntesis, porque de acuerdo a Rawls sólo son válidas aquellas razones que se muestren en consonancia con una concepción pública de la razón y con una idea estrictamente liberal de justicia, la cual define una serie de derechos innegociables.

C.2. Correspondencia de la decisión judicial con las concepciones presentadas

¿Qué concepción de democracia entre las reseñadas, subyace al fallo del TSJ que avanza en una restricción al derecho de propiedad y de ejercer actividad empresarial según la lógica económica del mercado?

Estimo que para responder a esta cuestión hay que reflexionar sobre cuáles de los elementos reseñados en el apartado anterior se plasman en el decisorio, y de qué manera. Este último punto es importante porque nos permitirá determinar si en la justificación que lleva a cabo el TSJ de su fallo, todos estos elementos pueden articularse de manera coherente. Repasemos los principales puntos de contacto.

De la lectura de los que he diferenciado como ejes A2 y A3 del fallo analizado, se desprende nítidamente la influencia de la concepción pluralista y neopluralista de la democracia, incluso en la terminología empleada: Al hablar de las campañas electorales, remarca su importancia para que cada individuo pueda expresar libremente y en igualdad de condiciones que otros su consentimiento en elecciones libre y competitivas; la razón es que ellas hacen posible la comunicación entre electores por una parte y candidatos y partidos por la otra, comunicación que debe permitir a los electores formar sus preferencias de modo informado en pie de igualdad y a los partidos y sus candidatos informar adecuadamente, movilizar y en definitiva competir también en pie de igualdad. El financiamiento para el acceso a los medios de comunicación masiva deviene así en fundamental para el funcionamiento del proceso democrático, por lo que el Estado realiza erogaciones que incluyen el acceso gratuito bajo ciertas pautas a los medios de comunicación masiva e incluso adopta un sistema mixto imponiéndole una obligación como carga pública a los medios de propiedad privada.

Como se ve, la idea central es la de una sociedad pluralista, con diferencias que llevan a competir; incluso es tan definida esta idea, que en uno de sus párrafos habla de la necesidad de que haya distintas opciones en competencia para que exista democracia. Aunque, paradójicamente, se deslicen varias menciones de tipo retórico a la voluntad popular como algo existente con unicidad real, lo que no hace sino confirmar la pervivencia del ideario demoliberal decimonónico (cf. Heller, 1992: 179-180). Y en punto a la intervención estatal para generar mejor información e igualdad en la competencia, se está haciendo cargo de la “nueva escala” de la poliarquía en las sociedades actuales, con dificultades para el funcionamiento espontáneo de un “poder compensador” entre los grupos.

En el eje A4, relativo a la libertad de expresión como derecho colectivo y la equidad en el acceso a los medios de información periodística, el fallo del TSJ recepta una distinción muy significativa en orden a la libertad de expresión, ya realizada por la CSJN y en otros foros, como la CIDDHH. Deja la libertad de expresión de tener sólo una dimensión individual para desplegarse también en una dimensión de derecho colectivo, en tanto y en cuanto se asocia al acceso de todos en igualdad de condiciones a la información relevante para la formación del discurso público. De allí el requerimiento de un Estado activo que puede y debe imponer equitativamente a los medios de comunicación normas que faciliten una amplia expresión, difusión y discusión de las ideas.

En el tratamiento de esta importante cuestión, no obstante advertirse la indudable influencia de la concepción deliberativa de la democracia de Carlos S. Nino —a quien la CSJN cita expresamente en el fallo que sirve de antecedente al que se analiza aquí—, se detecta una suerte de tensión irresuelta, que también cabría hacer extensiva al pensamiento del propio autor que por él es citado (sobre lo mismo, véase en especial Gargarella, 2008: 215). Bueno es recordar que para Nino, existe un entramado de derechos y libertades que constituyen la precondition o *el presupuesto* —como los llama en *La constitución de la democracia deliberativa* (cf. Nino, 1997: 46 y ss.)— de cualquier sistema democrático de derecho. Si estos derechos y libertades no se satisfacen en cierta medida, los ciudadanos no se pueden vincular al debate público en igualdad de condiciones. Es más, incluso si se vincularan desprovistos de tales derechos, el debate público perdería su poder para arribar a soluciones verdaderamente superadoras, imparciales y fecundas, pues involucraría a participantes dotados de defectos epistémicos insalvables (cf. Nino, 2007: 231). Entre varios de los derechos que menciona Nino, el que viene determinado por la dimensión social o colectiva de la libertad de expresión (ibíd.), conceptualizado como un derecho de libre acceso a la información, ocupa sin dudas un lugar central. Ahora bien, si ello es así —esto es: si este derecho constituye una precondition del debate democrático y no un producto del mismo—, urge determinar por qué en los fundamentos de su fallo el TSJ cree necesario comprobar tan extensamente que la ley electoral en discusión, en la que precisamente se define la libertad de expresión en función de su dimensión social, ha resultado de un procedimiento democrático en el que se han hechos manifiestos los rasgos principales que caracterizan a una deliberación plena, como el hecho de que sea pública, abierta, plural o extendida en el tiempo, rasgos todos estos que deben satisfacerse como paso previo a que la decisión se resuelva apelando a la regla de la mayoría. Es decir, si el derecho a la información constituye una dimensión central de la libertad de expresión que no puede ser desconocido bajo ningún aspecto, ¿qué sentido tendría esperar que el reconocimiento de este derecho hubiera de nacer a su vez de un debate plenamente democrático?

En el eje A1 del fallo bajo examen, es ostensible el cuidado que el TSJ pone en relatar las circunstancias que rodearon la génesis de la ley cuya constitucionalidad se impugna, así como su proceso de elaboración y sanción, para destacar su evidente necesidad social, el estudio cuidadoso por expertos, el amplio debate parlamentario y las igualmente amplias instancias de participación ciudadana. De una manera, ello se condice con el tipo de pensamiento filosófico que naturalmente se deriva de una concepción de la democracia como la de Habermas o la de Dworkin. Sin embargo, si el derecho a la libertad de expresión se vislumbra como un derecho irrenunciable, es decir, como la precondition misma de un debate plenamente democrático que nadie podría desconocer, ni siquiera los propios parlamentarios, los fundamentos del fallo en cuestión parecen suscitar elementos más acordes con una teoría como la de J. Rawls.

Reflexiones finales a manera de conclusión

Es posible concluir de modo consistente, que la regla generada por el fallo dictado por el TSJ en autos caratulados “La Voz del Interior S.A. c. Provincia de

Córdoba - Acción declarativa de inconstitucionalidad” se asienta en un discurso normativo de los principios constitucionales de carácter ecléctico.

En efecto, como procuré mostrar, amalgama una concepción deliberativa y procedimentalista de la democracia con una defensa más bien sustantiva de lo invocado por la norma en cuestión, para converger en una suerte de liberalismo remozado.

Desde luego, en el presente caso, haber invocado al mismo tiempo una razón procedimental y una razón sustantiva para defender el contenido de la ley electoral sancionada por la Legislatura de Córdoba ha terminado por resultar perfectamente consistente. No obstante, los interrogantes quedan planteados: ¿qué habría sucedido si el Poder Legislativo, en lugar de respetar todos los procedimientos formales para la sanción de la ley, hubiera omitido satisfacer alguna condición? El TSJ, ¿habría arribado a un fallo diferente, por ejemplo a uno que fuera favorable a los intereses de La Voz del Interior? Y si, en cambio, el Poder Legislativo hubiera sancionado una ley que fuera favorable a los intereses del matutino pero respetando los procedimientos formales, ¿cómo habría actuado el TSJ? ¿Habría rechazado la ley aduciendo razones sustantivas?

Tiene perfecto sentido que cada uno de estos interrogantes se plantee por la sencilla razón de que, como bien suelen reconocer los teóricos de la democracia deliberativa, a menudo los criterios procedimentales de justicia suelen apartarse de los criterios sustantivos (cf. Martí, 2006: 135 y ss.). Después de todo, el hecho de que en este caso tal cosa no haya sucedido no debe ser óbice para que el TSJ no estableciera un orden de relevancia con la mira puesta a resolver otros posibles casos futuros.

Bibliografía

ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho - Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2003.

BARBARÁ, JORGE E., *Estado de Derecho y Autonomía de la Voluntad*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2008.

BOBBIO, NORBERTO - MATEUCCI, NICOLA, *Diccionario de Política*, Siglo XXI Editores, México, 1985.

COHEN, JEAN L. - ARATO, ANDREW, *Sociedad Civil y Teoría Política*, FCE, México, 2002.

CORTINA, ADELA, *Ética mínima*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

DAHL, ROBERT, *Pluralist Democracy in the United States*, Rand McNally, Chicago, 1967.

— *A Preface to Economic Democracy*, Polity Press, Cambridge, 1985.

DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

— *El imperio de la justicia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1988.

— *Freedom's law - The moral Reading of American Constitution*, Harvard University Press, 1997.

GARGARELLA, ROBERTO, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El constitucionalismo popular frente a la teoría de Carlos Nino”, en *Homenaje a Carlos S. Nino*, M. ALEGRE, R. GARGARELLA y C. ROSENKRANTZ (comps.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

HABERMAS, JÜRGEN, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992.

— *Entre naturalismo y religión*, Paidós Básica, Barcelona, 2006.

- HAMILTON - JAY - MADISON, *El Federalista*, FCE, México, ed. de 1943.
- HELD, DAVID, *Modelos de Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, FCE, México, ed. de 1992.
- KELSEN, HANS, *Esencia y valor de la democracia*, Ed. Guadarrama, Barcelona, 1977.
- LARMORE, CHARLES, "The Moral Basis of Political Liberalism", en *The Autonomy of Morality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MORESO, JOSÉ J. - VILAJOSANA, JOSEP M., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997.
- *Derecho, moral y política II*, Ed. Gedisa, Buenos Aires, 2007.
- RAWLS, JOHN, *Una teoría de la justicia*, FCE, México, 1971.
- *Justicia como equidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- "The Idea of Public Reason Revisited", en *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- RUBIO CARRACEDO, JOSÉ, "La democracia en serio", en *Ensayos sobre la democracia contemporánea*, J. C. CORBETTA y R. S. PIANA (comps.), Ed. de la Universidad de La Plata, 2009.
- TOCQUEVILLE, ALEXIS, *De la democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid, ed. de 1985.



ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA*

*Irma Pastor de Peirotti** - María Inés Ortiz de Gallardo****

Resumen: En este trabajo se analiza el ejercicio del derecho de acceso a la información y la conducta de los organismos de la Administración Pública ante situaciones donde se les requirió que brinden información.

El acceso a la información tiene una importancia fundamental ya que permite la participación ciudadana y el control de la sociedad respecto a la gestión de sus gobernantes. Es un derecho individual y colectivo.

El análisis comprende el desarrollo dogmático, normativo y su evolución jurisprudencial.

Asimismo analizamos el reciente Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública y su adecuación constitucional y convencional.

Palabras clave: transparencia - gobierno abierto, información pública, acceso a la información.

I. Introducción

Este trabajo tiene como objetivo analizar el ejercicio del acceso a la información y la conducta de los organismos de la Administración Pública ante situaciones donde se les requirió que brinden información.

En nuestro país, a nivel nacional, actualmente existe una normativa que es el Reglamento General de Acceso a la Información Pública 1172/2003 que obliga a los órganos que dependen del Poder Ejecutivo, en adelante P.E., que brinden la información solicitada. En el mes de abril de 2016 ingresó a la Cámara de Diputados un Proyecto de Ley Acceso a la Información Pública, de iniciativa del Presidente Macri, que se convirtió en la ley 27.275 (B.O. 29/09/2016).

El acceso a la información ha evolucionado hacia su consagración internacional como un derecho humano, cuyo fundamento jurídico se conecta con el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

El sistema interamericano de derechos humanos ha cumplido un rol fundamental en el desarrollo del derecho de acceso a la información pública

* Recibido 06/06/2016 - Aprobado 30/06/2016.

** Abogada Especialista en Derecho Público, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Docente Investigadora. Profesora Titular por concurso de la cátedra de Derecho Administrativo del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N. de Chilecito, Profesora Adjunta de las cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Profesora invitada de la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho Público y de Especialización en Derecho Procesal UNC y de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Rioja. Fiscal de Tribunal Universitario. Vice Directora del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la U.Nacional de Córdoba.

*** Abogada Especialista en Derecho Público, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Docente Investigadora. Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Córdoba. Tutora de Derecho Administrativo del Instituto Universitario Aeronáutico. Profesora de Derecho Procesal Administrativo U.N.C. Profesora de posgrados. Vocal de la Cámara Contencioso Administrativa de 2da. Nom. de la Provincia de Córdoba.

como derecho humano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, marcó un hito jurisprudencial¹ al constituirse en el primer tribunal internacional en reconocer que el acceso a la información es un derecho humano que forma parte del derecho a la libertad de expresión. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ya venían impulsando avances en la materia a través de sus diferentes mecanismos de trabajo.

El derecho a la información es un derecho humano y, por tanto, corresponde a los ciudadanos ya que deriva de la forma republicana de gobierno que implica la publicidad de los actos de gobierno y también se vincula con la participación política de las personas. Su calificación jurídica como derecho humano fundamental, ha tenido un interesante desarrollo hasta la consolidación en la construcción de ese consenso, con carácter universal².

El fundamento normativo de jerarquía constitucional del derecho a la información, está implícito en el art. 1º de la Constitución Nacional que declara que *“La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal según lo establece la presente Constitución”*, como así también se infiere de los arts. 14, 33, 39, 40 ib.

También se deriva de los arts. 38, 41, 42, 43 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional por la directa relación que media entre el derecho a la libertad de pensamiento y expresión y el derecho de acceso a la información³.

Consecuentemente, podemos afirmar que el derecho de acceso a la información tiene fundamento constitucional y significa que toda persona tiene derecho a conocer cómo se desempeñan sus gobernantes y el acceso a la documentación administrativa. Como todo derecho, su ejercicio no es absoluto y puede estar sujeto a limitaciones que, deben cumplir determinadas condiciones⁴.

El derecho de buscar y recibir información ha sido consagrado expresamente por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19); por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19.2) y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13.1.), Tratados de derechos humanos que tiene jerarquía constitucional en virtud del citado art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas afirmó en su Resolución 59 (I) que *“la libertad de información es un derecho humano fundamental”*.

En 1948 los Estados americanos consagraron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo art. IV establece que: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”*.

¹ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.

² El art. 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, bajo el título “Derecho de acceso a los documentos”, establece: *“todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”*.

³ BASTERRA, MARCELA I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 10 y ss.; BASTERRA, MARCELA, “Un nuevo aporte al desarrollo del derecho de acceso a la información pública. El fallo “Morales v. Estado Nacional”, JA, fasc. 10, 2008-II, Lexis Nexis, p. 39.

⁴ El art. 13.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra las excepciones previstas en este pacto.

En 1969 se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuyo art. 13.1. expresa: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

Este reconocimiento como derecho humano ha sido concluyente por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el citado art. 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra la libertad de pensamiento y expresión, el cual *“comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el mencionado caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”, del 19 de septiembre de 2006, interpretó el art. 13 del Pacto de San José y admitió su doble vertiente, tanto como derecho individual de toda persona, así como también, la obligación positiva del Estado para garantizar el efectivo ejercicio de dicho derecho.

En el párrafo 77 de esta sentencia, declaró: *“En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones,’ protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”*.

El principio rector del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones, contenido en el art. 13 de la Convención Americana es el principio de máxima divulgación. La Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que *“en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación”* de modo que *“toda la información en poder del Estado se presuma pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones”*.

En definitiva, en virtud del mismo art. 13 de la Convención Americana, el derecho de acceso a la información se debe regir por el principio de la máxima divulgación⁵. La consecuencia de este principio de máxima divulgación es que el derecho de acceso a la información es la “regla” y el secreto la “excepción”.

⁵ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 92; Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)

El art. 19 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, declara que *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*. En sintonía con este texto, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas, declaró que el derecho de acceso a la información está protegido en base al art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y además apuntó que *“el derecho de buscar información o de tener acceso a la información es uno de los elementos esenciales de la libertad de expresión”*.

En materia ambiental, el derecho de acceso a la información también ha sido expresamente previsto en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 de la ONU. El Principio 10 de dicha Declaración establece que *“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”*.

En el orden nacional, el acceso a la información pública está regulado actualmente por el decreto 1172/2003 (B.O. 04/12/2003) y el decreto 117 del 12/01/2016 (B.O. 13/01/2016) de “Plan de Apertura de Datos”, que serán sustituidos si se aprueba el Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública que, a la fecha de elaboración de este trabajo, tiene media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

En el orden federal, el acceso a la información también ha sido enunciado por diversas leyes, entre las que se destacan: ley 22.285 de Radiodifusión (B.O. 18/09/1980, art. 18); ley 24.065 Energía Eléctrica, régimen legal (B.O. 16/01/1992, art. 56); ley 24.076 Gas Natural, marco regulatorio (B.O. 12/06/1992, art. 52); ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control (B.O. 09/10/1992, art. 4º); ley 24.240 de Defensa del Consumidor (B.O. 15/10/1993, art. 4º); ley 25.152 de Convertibilidad Fiscal (B.O. 21/09/1999, art. 8º); ley 25.188 Ética en el Ejercicio de la Función Pública (B.O. 01/11/1999, art. 2º); la ley 25.675 de Política Ambiental Nacional (B.O. 28/11/2002, arts. 16 y siguientes); la ley 25.831 Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (B.O. 07/01/2004, arts. 1º a 9º).

A ello se suma el decreto 229/2000 (B.O. 14/03/2000, arts. 3º y 4º) de creación del Programa “Carta Compromiso con el ciudadano” que ratifica el derecho de los ciudadanos al acceso a la información.

II. El derecho de acceso a la información: importancia

El “derecho de acceso a la información” es un derecho en sí mismo, y esto significa que el Estado debe dar a publicidad sus actos.

La doctrina⁶ lo ha definido como *“la facultad que tiene todo ciudadano, como consecuencia del sistema republicano de gobierno, de acceder a todo tipo de informaciones en poder tanto de entidades públicas como de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del Estado, con la consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada”*.

Su importancia radica en que posibilita el ejercicio y protección de otros derechos como el derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la educación, etc.

Ello es así, por cuanto el acceso a la información es una herramienta fundamental para la construcción de ciudadanía. El activismo y la participación ciudadana es justamente uno de los ideales que subyacen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Carta Democrática Interamericana⁷. Así, *“..El acceso a la información es también una herramienta particularmente útil para el ejercicio informado de otros derechos como los derechos políticos o los derechos sociales y económicos. Esta situación es especialmente relevante para la protección de sectores sociales marginados o excluidos, que no suelen tener a su disposición mecanismos de información sistemáticos y seguros, que les permitan conocer el alcance de sus derechos y la forma de hacerlos efectivos...”*⁸.

El derecho a la información pública se relaciona con un tema de política pública que cada vez adquiere más relevancia, facilitada por la incorporación de la tecnología de la información y de la comunicación, en la actual sociedad de la información y del conocimiento, como es la transparencia y el gobierno abierto.

Sostiene Armesto⁹ que el derecho a la información *“Tiene por objetivo primordial asegurar el acceso a los documentos y archivos en manos del Estado, en pos de garantizar el derecho de las personas a mejorar su calidad de vida, en tanto la información es un elemento esencial para la toma de decisiones”*.

Si el Estado y la Administración quieren modernizarse, ganar en eficacia y cercanía al ciudadano, y éste precisa, por su parte, de un mayor conocimiento de las actividades de aquéllos, el debate ha de girar, necesariamente, por una regulación integral que garantice de manera eficaz la transparencia administrativa¹⁰.

Categorías manifestaciones de transparencia administrativa se destacan en Suecia, ya en el siglo XVIII, concretamente al año 1766, cuando se aprobó la *Freedom of the press act*.

⁶ DÍAZ CAFFERATTA, SANTIAGO, “El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley”, *Lecciones y Ensayos*, N° 86, Buenos Aires, 2009, pp. 153/154.

⁷ Organización de Estados Iberoamericanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2011, “El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”, p. 1.

⁸ Ídem nota anterior.

⁹ ARMESTO, DIEGO HERNÁN - GÜIDA, MARÍA CLARA, “El Derecho de acceso a la Información pública en el ordenamiento jurídico argentino en el marco de la Sociedad del Conocimiento”, ED Constitucional, 2014-390.

¹⁰ CONDESSO, F., *Derecho a la información: crisis del sistema político y transparencia de los poderes públicos*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 54.

A partir de los años setenta, los gobiernos de buena parte de occidente, liderados por Estados Unidos y los países escandinavos, comenzaron a regular cauces a través de los cuales los ciudadanos podían conocer con amplitud la información en manos de sus respectivas administraciones. Refiere Moreno González¹¹ que el objetivo es mejorar la eficacia de la gestión pública y ganar legitimidad en sus actuaciones.

Esta cultura de la transparencia tuvo tanta divulgación y desarrollo en los EE.UU. con motivo del caso “Watergate” en 1974, lo que dio lugar a una revisión de la primera ley de transparencia de ese país, esto es, la Ley de Libertad de Acceso a la Información de 1966 (FOIA)¹², que se ha consolidado con el impulso que le ha dado el Presidente Barack Obama a través del Memorandum del 24/02/2009¹³, sobre Transparencia y Gobierno Abierto, en lo que se ha llamado el nuevo paradigma de la Administración. Este programa se centra en tres ejes: la rendición de cuentas (*accountability*), la participación de los ciudadanos (*public participation*) y la colaboración entre administraciones y entre éstas y la sociedad (*collaboration*)¹⁴.

Dijo el Presidente Obama en su Memorandum sobre la FOIA:

“La Ley de Libertad de Información se debe interpretar con una clara presunción: frente a la duda, la transparencia prevalece. El Gobierno no debe retener información confidencial simplemente porque los funcionarios públicos puedan avergonzarse con su divulgación, porque se puedan revelar errores y fallas, o por temores abstractos o especulativos. [...]”

“Todas las dependencias deben adoptar una presunción a favor de la divulgación, con objeto de renovar su compromiso con los principios incorporados en la FOIA y de marcar el comienzo de una nueva era de Gobierno abierto. La presunción de la divulgación se debe aplicar a todas las decisiones concernientes a la FOIA”¹⁵.

Los países de la región que tienen normas de acceso a la información son: Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay.

¹¹ MORENO GONZÁLEZ, GABRIEL, “Derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia: Una aproximación constitucional”, *Eunomía*, Revista en Cultura de la Legalidad, N° 8, marzo-agosto 2015, pp. 93-125, ISSN 2253-6655.

¹² The Freedom of Information Act. 5 U.S.C. § 552. Disponible en: <http://www.justice.gov/oip/amended-foia-redlined-2010.pdf>.

¹³ http://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment.

¹⁴ MORENO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 93.

¹⁵ Presidente de los Estados Unidos Barack Obama, Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies on the Freedom of Information Act. Disponible en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/FreedomofInformationAct/. *“The Freedom of Information Act should be administered with a clear presumption: In the face of doubt, openness prevails. The Government should not keep information confidential merely because public officials might be embarrassed by disclosure, because errors and failures might be revealed, or because of speculative or abstract fears. Nondisclosure should never be based on an effort to protect the personal interests of Government officials at the expense of those they are supposed to serve. In responding to requests under the FOIA, executive branch agencies (agencies) should act promptly and in a spirit of cooperation, recognizing that such agencies are servants of the public. All agencies should adopt a presumption in favor of disclosure, in order to renew their commitment to the principles embodied in FOIA, and to usher in a new era of open Government. The presumption of disclosure should be applied to all decisions involving FOIA.”*

La Constitución Política de Perú consagra el acceso a la Información Pública como un derecho fundamental. El Estado Peruano sancionó la Ley de Acceso a la Información Pública 27.806 y el Reglamento de la Ley de Transparencia.

La Ley General de Acceso a la Información Pública de Brasil, fue sancionada el 18 de noviembre de 2011, y promulgada por parte de la entonces presidenta Dilma Rousseff¹⁶.

En nuestro país, como ya se indicara, rige el decreto 1172/2003, que aprobó el Reglamento de Acceso a la Información en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, el que será sustituido cuando se apruebe el Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública, con tratamiento legislativo en el Congreso de la Nación.

En efecto, en abril de 2016 se presentó un Proyecto de Ley en la Cámara de Diputados sobre Acceso a la Información y fue aprobado en dicha Cámara. Este proyecto de ley viene a cubrir las demandas de una regulación integral de la transparencia y el acceso a la información pública, en un contexto histórico y social, en el cual la opinión pública ubica a la corrupción (con 20,7%) y a la inseguridad (con 19,9%) liderando el ranking de los principales problemas del país, superando a la inflación (16,4%), a la pobreza (12,3%), a la educación (11,3%), al desempleo (10,2%), a la deuda externa (3,2%) y a la salud (2,9%)¹⁷, escenario en el cual, esta ley ocupará un papel preponderante para la participación ciudadana.

El art. 1° del Proyecto de Ley prescribe: “*Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública*”.

El art. 2° del Proyecto también da prevalencia al principio de transparencia cuando establece que “*Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta ley*”.

En Córdoba rige la ley 8803; en Jujuy se dictó la ley 4444; en Río Negro la ley 1829; Chubut, ley 3764; Tierra del Fuego ley 653 y Ciudad de Buenos Aires ley 104.

El derecho a la información, es un derecho individual y un derecho colectivo. Como derecho individual se relaciona con la libertad de expresión, lo que significa que ninguna persona puede ser perseguida o impedida en forma arbitraria su pensamiento.

Desde el punto de vista colectivo se refiere también al derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir información. En este sentido el acceso a la información es un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano que es el de la publicidad de los actos de gobierno y transparencia de la administración.

III. Legitimación

En cuanto a la legitimación para el acceso a la información comprende el que tiene toda persona que es parte en un expediente administrativo, el que tiene legitimación en el procedimiento, y que está garantizado en la Constitución y en

¹⁶ República de Brasil. Presidencia de la República. Ley 12.527 del 18 de noviembre de 2011. Ley General de Acceso a la Información Pública. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm.

¹⁷ Ver Diario *Infobae* que publica los resultados de la encuesta pública realizada por la firma Ibarómetro en el mes de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.infobae.com/2016/02/15/1790247-corrupcion-e-inseguridad-los-problemas-que-mas-preocupan-los-argentinos/>.

las leyes de procedimiento administrativo, como también el que tiene cualquier persona sin que tenga participación en el procedimiento.

La Corte Interamericana ha precisado que no es necesario acreditar un interés directo ni una afectación personal para obtener la información en poder del Estado, excepto en los casos en que se aplique una legítima restricción permitida por la Convención Americana¹⁸.

El art. 9º del decreto 1172/2003 al reglar sobre la legitimación activa establece: *“Toda persona física o jurídica, pública o privada, se encuentra legitimada para exigir administrativa o judicialmente el cumplimiento de la presente norma”*.

El art. 4º del Proyecto de Ley establece: *“Legitimación activa. Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado”*.

El art. 1º de la ley de Córdoba 8803 preceptúa que *“Toda persona tiene derecho, de conformidad con el principio de publicidad de los actos de gobierno, a solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, de cualquier órgano perteneciente a la administración pública provincial, municipal y comunal, centralizada y descentralizada, de entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado provincial, las municipalidades o las comunas tengan participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias, del Poder Legislativo y del Judicial, en cuanto a su actividad administrativa, y del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, Consejo Económico y Social y Ministerio Público Fiscal”*.

En el Procedimiento Administrativo Nacional, la institución de la vista está establecida en los arts. 38 y 76 del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (RLNPA). El art. 38 consagra el derecho de la parte interesada para obtener vista de las actuaciones administrativas, durante todo el procedimiento, con excepción de algunas actuaciones que han sido declaradas reservadas o secretas mediante una decisión fundada.

Se debe definir cuál es la información cuyo monopolio o secreto queda limitado o prohibido y en consecuencia quién debería ser el sujeto obligado a entregar la información en su poder.

Esta normativa se refiere a toda “parte interesada” en el procedimiento administrativo, es decir que tiene derecho a la vista quien tiene un derecho subjetivo o interés legítimo o a quienes el acto pudiera afectar en sus derechos o intereses.

Sin embargo la jurisprudencia¹⁹ estableció *“que corresponde a cualquier ciudadano que tenga interés en la tutela de situaciones jurídicas relevantes, el acceso a los documentos administrativos”*.

Laura Monti²⁰ sostiene que corresponde adoptar un criterio extenso en cuanto a la legitimación para obtener la vista de las actuaciones administrativas

¹⁸ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 77.

¹⁹ CNCont. Adm. Fed., sala 1ª, 07/12/1993, “Subira, Jaime c. EN (Min. de Trabajo y Seg. Social)”.

²⁰ MONTI, LAURA, “El acceso a las actuaciones administrativas. la vista en el procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo*, TAWIL, GUIDO S. (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 269 y 270.

y además que *“no es admisible sostener que los terceros no pueden tomar vista de las actuaciones porque algunos de ellos deben ser integrados al procedimiento para evitar que se dicte una resolución que pueda poner en juego sus derechos sin su intervención.”*

El art. 76 del RLNPA determina que una vez solicitada la vista se suspende el plazo para recurrir. Los arts. 8º y 19 del decreto 1023/2001 se refieren al “interesado”. El primero establece que en las contrataciones complejas o de un monto importante éste puede realizar una observación a los pliegos de bases y condiciones; y el segundo permite que *“toda persona que acredite fehacientemente algún interés”* tome vista de las actuaciones.

En suma, se reconoce una legitimación activa amplia que admite el ejercicio del derecho por cualquier persona, inclusive para la protección de intereses difusos.

La CSJN ha establecido que *“el derecho a solicitar información en poder del Estado corresponde a toda persona, sin necesidad de acreditar un interés o afectación directa; es decir, que la legitimación activa es amplia, de conformidad con el principio de máxima divulgación que rige la materia”*²¹.

Cuando quien solicita la información lo hace en calidad de representante político del pueblo, por ejemplo un legislador, un concejal, etc., en el cual ejerce funciones ejecutivas y legislativas, el análisis requiere ser situado en su justa medida, ya que como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación *“...La cuestión referida a la legitimación procesal activa de los legisladores... dista mucho, también, de ser un tema novedoso en la doctrina de los precedentes de esta Corte.*

La regla emana de un conjunto de pronunciamientos (Fallos: 313:863, ‘Dromi’; 317:335 ‘Polino’; 322:528 ‘Gómez Díez’; 323:1432 ‘Garré’ y 324:2381 ‘Raimbault’) en los que se distinguieron supuestos de ausencia de legitimación de aquellos otros en los que tal legitimación podría ser reconocida...” (CSJN, 15/06/2010, “Thomas, Enrique c. E.N.A. s/amparo”, Fallos: 333:1023).

La directriz sentada por la Corte puede resumirse en el sentido que *“...un legislador no tendría legitimación activa cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas. Por el contrario, dicha legitimación podría eventualmente resultar admisible cuando se trata de la afectación de un interés concreto y directo a su respecto...”* (“Thomas”, Fallos: 333:1023).

La cuestión referida a la legitimación no depende sólo del interés que en abstracto pueda tener una persona física o jurídica para intervenir en un proceso judicial por ante un tribunal, sino también del tipo de proceso de que se trate.

La directriz de interpretación constitucional sustentada por la Corte Suprema, es coincidente con la jurisprudencia comparada que analiza la legitimación procesal, a partir de desentrañar el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que la legitimación procesal conforma un instrumento de acceso al proceso judicial.

²¹ CSJN, Fallos: 335:2393 y sus citas; precedente C.830.XLVI “CIPPEC c. E.N. - Min. de Desarrollo Social - dto. 1172/2003 s/ amparo ley 16.986”, del 26 de marzo de 2014; reiterado en “G. 36. L. RHE Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Inspección General de Justicia s/amparo”, del 14/10/2014.

En ese sentido se ha resuelto que *“...aunque el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo, ello no impide que el derecho también se satisfaga cuando la resolución es de inadmisión, siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo el razonamiento responder a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, pues, como hemos declarado también reiteradamente, ‘en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión es más severo o estricto que el que rige el derecho de acceso a los recursos’ (por todas, STC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3), dado que nos encontramos ‘ante el control de resoluciones judiciales que cierran el acceso a la jurisdicción y, por tanto, impeditivas de la obtención de una primera respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela, supuesto en el que, conforme a nuestra doctrina constitucional, despliega su máxima eficacia el principio pro actione, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad”* (STC de España 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3)...” (STC 173/2004, de 18 de octubre de 2004).

A partir de esa perspectiva se ha señalado que al lado de la legitimación general para poder acceder a la acción o recurso *“...existe una legitimación ex lege, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto —inclusi-ve puede hablarse de una obligación— de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local”* (STC de España 173/2004, de 18 de octubre de 2004).

Al abordar el requisito de la legitimación procesal activa de quien reviste el doble carácter de autoridad política y ciudadano, la jurisprudencia más reciente del Máximo Tribunal Federal de Argentina (“Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Inspección General de Justicia s/ amparo ley 16.986” del 14/10/2014), ha sostenido que la condición de diputado no hace perder la calidad de ciudadano y que *“...el derecho a solicitar información en poder del Estado corresponde a toda persona, sin necesidad de acreditar un interés o afectación directa; es decir, que la legitimación activa es amplia, de conformidad con el principio de máxima divulgación que rige la materia (ver Fallos: 335:2393 y sus citas, y el precedente C.830.XLVI ‘CIPPEC c. E.N. - Min. de Desarrollo Social - dto. 1172/2003 s/ amparo ley 16.986’, del 26 de marzo de 2014)...”*.

Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte en “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Oehler, Carlos A. c. Secretaria de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy - Estado Provincial s/ recurso de inconstitucionalidad” del 24/10/2014, ocasión en la cual interpretó el art. 10 de la ley 4444 de la Provincia de Jujuy, y resaltó que la simple calidad de ciudadano que esgrimía el actor en dicha causa es, según el sentido literal de la norma, una condición apta para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en este último precedente de “Oehler, Carlos A. c. Secretaría de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy - Estado Provincial s/ recurso de inconstitucionalidad” expresó que “...*La sentencia de la Corte Interamericana fortalece como estándar internacional la idea de que este derecho corresponde a toda persona; es decir que la legitimación activa es amplia y se la otorga a la persona como titular del derecho, salvo los casos de restricción. El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan (conf. Fallos: 335:2393, considerando 10, y en sentido concorde al pronunciamiento del Tribunal del 26 de marzo de 2014 en la causa C.830.XLVI. ‘CIPPEC c. EN - M° de Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986’)*...”.

En suma, el estándar de legitimación admitido por la jurisprudencia es siempre amplio, y los criterios para establecer en cada caso concreto la concurrencia de este requisito procesal deben ser a favor de la admisión de la legitimación, salvo que se trate de un caso que ingrese en el elenco de excepciones a brindar la información, en cuyo caso, las normas reglamentarias pueden requerir la demostración del interés jurídico.

IV. Limitaciones al acceso a la información pública

En el marco del sistema americano de derechos humanos se admite un estricto régimen de excepciones, en función del cual, los Estados partes, al regular en su ordenamiento jurídico interno el derecho de acceso a la información, pueden exigir que se acredite algún interés para lograr que se suministre la información que está alcanzada por una serie de limitaciones.

A partir de ello, en algunos casos, las leyes reglamentarias de este derecho, requieren que se indique si se tiene propósito comercial o privado, para aplicar un costo diferente en la reproducción de la información solicitada.

La sentencia de la Corte en el caso “Claude Reyes y otros” acepta que se pueden imponer restricciones al derecho de acceso a la información en poder del Estado, pero de conformidad con el art. 13.2. de la Convención, y esas restricciones para ser convencionalmente legítimas debe ser:

1. Establecidas por ley.
2. Tener un fin legítimo, es decir que se trate de un objetivo permitido por la Convención. Los fines legítimos son la tutela de los derechos o reputación de los demás; la seguridad nacional; el orden público; y la salud o moral públicas.
3. Necesidad en una sociedad democrática: Evaluación de proporcionalidad: La negativa del Estado de suministrar información que le es solicitada debe ser proporcional para la protección de ese fin legítimo que se protege y debe ser necesaria en una sociedad democrática. En este punto, la Corte I.D.H. hace

extensivos todos los conceptos desarrollados sobre restricciones en materia de libertad de pensamiento y de expresión, aplicándolos igualmente al acceso a la información, lo que determinará reducir al mínimo estas restricciones.

4. La limitación debe ser escrita y motivada: rige en este punto la doctrina sobre el debido proceso y el resguardo de las garantías mínimas del art. 8.1. de la Convención.

5. La limitación al derecho de acceso debe ser temporal y/o condicionada a la desaparición de su causal: La Relatoría especial ha considerado que para la existencia de un régimen de excepción propio de una sociedad democrática, la posibilidad del Estado de clasificar, declarar reservado o confidencial información relacionada con los fines legítimos permitidos por la Convención, debe establecer un límite temporal o condicionado a la desaparición de su causal.

En general, se aceptan limitaciones cuando el derecho a buscar información debe balancearse con derechos de terceros o cuando la información pueda no ser suministrada por el Estado por encontrarse en una de las excepciones de orden público e interés general.

El Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública ha establecido un número de restricciones a la obligación de suministrar la información²², que

²² La Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública de Argentina, publicada en el B.O. del 29/09/2016 establece: "Artículo 8°. — Excepciones. Los sujetos obligados sólo podrán exceptuarse de proveer la información cuando se configure alguno de los siguientes supuestos:

a) Información expresamente clasificada como reservada o confidencial o secreta, por razones de defensa o política exterior.

La reserva en ningún caso podrá alcanzar a la información necesaria para evaluar la definición de las políticas de seguridad, defensa y de relaciones exteriores de la Nación; ni aquella otra cuya divulgación no represente un riesgo real e identificable de perjuicio significativo para un interés legítimo vinculado a tales políticas;

b) Información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario;

c) Secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado;

d) Información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial;

e) Información en poder de la Unidad de Información Financiera encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información tendiente a la prevención e investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos;

f) Información elaborada por los sujetos obligados dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquellos y que se refirieran a exámenes de situación, evaluación de su sistema de operación o condición de su funcionamiento;

g) Información elaborada por asesores jurídicos o abogados de la administración pública nacional cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adaptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgar las técnicas o procedimientos de investigación de algún delito u otra irregularidad o cuando la información privare a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso;

h) Información protegida por el secreto profesional;

i) Información que contenga datos personales y no pueda brindarse aplicando procedimientos de disociación, salvo que se cumpla con las condiciones de licitud previstas en la ley 25.326 de protección de datos personales y sus modificatorias;

j) Información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona;

k) Información de carácter judicial cuya divulgación estuviera vedada por otras leyes o por compromisos contraídos por la República Argentina en tratados internacionales;

l) Información obtenida en investigaciones realizadas por los sujetos obligados que tuviera el carácter de reservada y cuya divulgación pudiera frustrar el éxito de una investigación;

m) Información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública.

Las excepciones contenidas en el presente artículo no serán aplicables en casos de graves violaciones de derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad".

en los casos de conflictos, serán sometidas por la jurisprudencia al denominado test de perjuicio y ponderación, es decir que el perjuicio o daño que pueda producirse con la liberación de la información, sea mayor que el interés público de conocer la información de referencia.

V. El derecho a la información en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Un caso judicial relevante que garantiza el acceso a la información es el de "Asociación de Derechos Civiles (ADC) c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)"²³, en adelante ADC y INSSJP, en los que se reclamó que se haga entrega de la información relativa al presupuesto en concepto de publicidad oficial de dicho organismo para el año 2009, y a la inversión publicitaria de dicha institución correspondiente a los meses de mayo y junio de 2009 detallada según el rubro y medio de comunicación al que fue asignada; el tipo de campaña al cual corresponde la pauta asignada a cada caso y la indicación de la agencia de publicidad o intermediario a través de los cuales se procedió a contratar espacio en los medios.

La demandante sostuvo en su planteo que la negativa a brindar información configuraba una violación al derecho constitucional de acceso a la información pública, consagrado en los arts. 1º, 14, 33 y 75 inc. 22 de la C.N. que dispone la aplicación con jerarquía constitucional, de los tratados internacionales (art. 19, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13 Convención Americana de Derechos Humanos y art. 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Federal (CNACF), sala IV, confirmó la Sentencia de la instancia anterior, en cuanto hizo lugar a la acción de amparo que promovió la ADC c. INSSJP y, en consecuencia, ordenó entregar a la actora la información por ella solicitada, y consideró que si bien con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) presentó documentación alegando el cumplimiento de aquélla, la cuestión no devino abstracta en tanto el demandado omitió acompañar la totalidad de la información solicitada.

Señaló que sin desconocer la naturaleza de ente no estatal del INSSJP, y que sus decisiones no revisten el carácter de actos administrativos, es indudable el carácter público de los intereses que gestiona el Instituto

También expresó que la información solicitada por la actora es tan pública como los intereses que gestiona el ente demandado y agregó que si bien el INSSJP no se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del decreto 1172/2003, dicha norma le resulta aplicable supletoriamente hasta tanto el Instituto reglamente el derecho de acceso a la información.

Contra ese pronunciamiento el INSSJP interpuso recurso extraordinario por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, porque por un lado sostuvo que el decreto 1172/2003 no le es aplicable pues se refiere específicamente a las instituciones que forman parte del Estado, lo que no es su caso, ya que no fue mencionado en la disposición como uno de los sujetos obligados. El Tribunal

²³ CSJN, 04/12/2012, "Asociación de Derechos Civiles c. EN PAMI s/amparo ley 16.986".

resolvió en forma adversa al recurrente. Sostuvo que el deber de información no tiene fundamento en la naturaleza jurídica de la Institución y que no se discute la calidad de no estatal del PAMI. La solicitud de que se brinde información resulta razonable y deriva del derecho de acceso a la información pública que tiene todo ciudadano de conformidad con los arts. 1º, 14, 16, 31, 32, 33 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Por tanto consideró aplicable el decreto 1172/2003 en forma supletoria porque la información solicitada es pública y también son públicos los intereses que el PAMI desarrolla.

En el caso “CIPPEC c. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo y Acción Social”²⁴ la Corte Suprema de Argentina, también abordó la temática del acceso a la información pública y ordenó al Ministerio de Desarrollo Social que brindara la información requerida por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) referida a planes sociales de asistencia a la comunidad que el organismo administra. El demandante solicitaba que se le informara sobre los padrones de beneficiarios de transferencia limitada y/o subsidios otorgados en concepto de “ayuda social a personas” durante 2006 y 2007, las transferencias a otras instituciones sin fines de lucro, y la nómina de los funcionarios en todos los órdenes y representantes de organizaciones políticas y sociales que hubieran intervenido en algún momento en el proceso de entrega de estas prestaciones o planes.

Siguiendo la doctrina del fallo “ADC”, la Corte sostuvo que *“...el fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan. En tal sentido se observa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos impuso la obligación de suministrar la información solicitada y de dar respuesta fundamentada a la solicitud en caso de negativa de conformidad con las excepciones dispuestas; toda vez que la información pertenece a las personas, la información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno. Este tiene la información solo en cuanto representante de los individuos”*.

El Estado y las instituciones públicas están comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas. A tal fin, debe adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar el reconocimiento y la aplicación efectiva de ese derecho. El Estado está en la obligación de promover una cultura de transparencia en la sociedad y en el sector público, de actuar con la debida diligencia en la promoción del acceso a la información, de identificar a quienes deben proveer la información, y de prevenir los actos que lo nieguen y sancionar a sus infractores (CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, párr. 282; Principios de Lima, Principio 4 ‘Obligación de las autoridades’; Declaración de SOCIOS Perú 2003, ‘Estudio Especial’ citado, párr. 96)”.

En el caso “G. 36. L. RHE Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Inspección General de Justicia s/ amparo” de fecha 14/10/2014, la CSJN confirmó lo resuelto por la Cámara ha-

²⁴ CSJN, “CIPPEC c. Estado Nacional - Min. Desarrollo y Acción Social”, Fallos: 335:2393, EDA, 2014-220.

ciendo lugar al amparo que había solicitado información relacionada con el caso “Cicccone” y obligó al Estado Nacional a brindar el informe requerido.

Otra causa donde se resolvió sobre el acceso a la información es “Stolbizer, Margarita c. EN - M° Justicia DDHH s/ amparo ley 16.986”²⁵, donde la actora dedujo acción de amparo con el fin de obtener que la Inspección General de Justicia le proporcione la información que había requerido, fundado en el decreto 1172/2003, Reglamento de Acceso a la Información Pública, respecto a la Sociedad Hotesur S.A.

El Ministerio de Justicia se había negado a suministrar la información requerida por la demandante por entender que ésta excedía el marco del mencionado decreto, *“en tanto los informes solicitados se encontrarían regulados por las normas que rigen la actuación del mencionado organismo y éste debe, en consecuencia, cumplir con ellas, pues estas últimas no se encuentran destinadas a regular un procedimiento de acceso a la información pública, sino sólo a regular la realización de trámites registrables y contables, los cuales difieren de lo normado por el citado decreto en cuanto procura asegurar que las acciones de las autoridades públicas quedan sujetos al escrutinio público”*.

Se trataba de determinar si el decreto 1172/2003 resultaba de aplicación al citado organismo, y el Tribunal resolvió que dicha normativa resulta aplicable al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y le otorgó un plazo de 10 días para proporcionar la información solicitada por la actora.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó los argumentos de la Inspección General de Justicia de que no podía brindar información, confirmando la sentencia del tribunal.

La Corte Suprema falló sobre el caso “Stolbizer”²⁶ con fecha 01/09/2015 declarando inadmisibles el recurso extraordinario y la queja, pues no admitió los planteos relativos a la legitimación de la accionante, ya que la legitimación para presentar solicitudes de acceso a la información pública debe ser entendida en sentido amplio, pues se trata de información de carácter público, que no pertenece al Estado sino al pueblo de la Nación Argentina.

La CSJN también se pronunció en la causa “Giustiniani”²⁷ y estableció que *“teniendo en cuenta el rol preponderante en la participación accionaria y en la formación de las decisiones societarias que tiene el Poder Ejecutivo Nacional respecto a la sociedad accionada, cabe concluir que esta última es uno de los sujetos que, por encontrarse bajo la jurisdicción de aquél, se halla obligado a dar cumplimiento a las disposiciones del decreto 1172/03 en materia de información pública”*.

La Sala I de la Cámara Federal había confirmado la sentencia de primera instancia que rechazó la acción de amparo iniciada por Giustiniani con el objeto de que YPF S.A. le informara sobre el acuerdo de proyecto de inversión que la sociedad había suscripto con Chevron Corporation para la explotación conjunta de hidrocarburos no convencionales en la Provincia de Neuquén.

²⁵ Juzg. Cont. Adm. Fed. N° 9, 07/08/2015, “Stolbizer, Margarita c. EN- M° Justicia DDHH s/ amparo Ley 16.986”.

²⁶ CSJN, 01/09/2015, “Stolbizer, Margarita c. Estado Nacional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/amparo ley 16.986” (CAF 39019/2014/CAF39019/2014/1/RH1).

²⁷ CSJN, 10/11/2015, “Giustiniani, Rubén Héctor c. YPF S.A. s/ amparo por mora” (CAF37747/2013-C.S.; CAF37747/2013/1/RH1).

El Tribunal, en su mayoría, fundamentó su fallo en que las disposiciones del decreto 1172 no son aplicables a YPF S.A. pues el art. 15 de la ley 26.741 excluyó a esa sociedad del control sobre acceso a la información que establece el mencionado decreto, que la divulgación del contenido del acuerdo podía comprometer secretos industriales, técnicos y científicos.

Los Dres. Facio y Grecco, que integraban la mayoría, sostuvieron que se produce un conflicto normativo entre ambos ordenamientos que se resuelve a favor del art. 15 de la ley 26.741, ya que existe una jerarquía superior sobre el decreto 1172/2003 y que además la ley es posterior al decreto.

También los Dres. Facio y Grecco descartaron la aplicación al caso de las leyes 25.675 (Ley General del Ambiente) y 25.831 (Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental). Pero la Dra. Dopico que integraba la sala I de la Cámara Federal falló en sentido favorable al demandante y consideró que el decreto 1172/2003 era aplicable a YPF porque integra el sector público nacional, recibe subsidios o aportes provenientes del sector público nacional y se le ha concedido la explotación de un bien de dominio público.

Al analizar este caso, señala Perrino²⁸ *“que el punto de discordancia entre el voto de la mayoría y la minoría es la interpretación que se hace del art. 15 de la Ley 26.741. La mayoría hace una interpretación amplia de dicha norma y la minoría limitó su extensión a la literalidad de su texto. Afirmó que lo prescripto en el art. 15 de la Ley 26.741 no puede implicar que se la excluya (a YPF) del ámbito del derecho a la información pública, de raigambre constitucional e inscripto en cánones diferentes a los controles administrativos a los que alude el artículo”*.

De igual modo la Dra. Do Pico consideró aplicables al caso, lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Asociación de Derechos Civiles c. E.N. PAMI y lo resuelto en el caso “Reyes”²⁹.

Este caso llegó a la Corte Suprema, la cual hizo lugar al amparo interpuesto por Giustiniani, revocando los fallos de 1ª y 2ª instancia. Para así decidir expuso que: *“6º) Que esta Corte ha señalado que el derecho de buscar y recibir información ha sido consagrado expresamente por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. IV) y por el art. 13.1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CADH), y que la Corte Interamericana ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social (Fallos: 335:2393)”*.

Sostiene también que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el art. 13 de la Convención incluye un derecho de acceso a la información en poder del Estado y que *“las personas tienen el derecho de solicitar documentación e información que se considera que es de fuente pública o de documentación gubernamental oficial”*.

Afirma también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desprendido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el art. 13 de la Convención, el derecho de acceso a la información.

²⁸ PERRINO, JUAN PABLO, “Giustiniani, un caso para reflexionar sobre el ámbito de aplicación del Reglamento de Acceso a la Información Pública”, EDA, 2014-306.

²⁹ Corte IDH, Caso “Claude Reyes y otros. Fondos, Reparaciones y Costas”, sentencia del 19 de septiembre de 2006.

En el considerando 8º) señaló que una vez aclarado los alcances que cabe asignar al derecho involucrado, correspondía establecer si YPF S.A. se encontraba comprendida entre los sujetos obligados a proporcionar información.

En el Reglamento General de Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional, aprobado en el decreto 1172/2003, se establece que:

“El presente Reglamento General es de aplicación en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

Las disposiciones del presente son aplicables asimismo a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o entidades y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público.”

En ese contexto normativo la CSJN expresó:

“9º) Que corresponde entonces examinar la particular naturaleza jurídica de YPF S.A., las funciones que legalmente le fueron asignadas y el rol que desempeña el Poder Ejecutivo Nacional en su operatoria.

En este orden de ideas, es necesario reparar en que en el título 111 de la Ley 26.741, se establece que el Estado Nacional recupera el control de YPF; a efectos de garantizar el cumplimiento de los objetivos fijados en la ley y para ello se declara ‘de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A., sus controlantes o controladas, en forma directa o indirecta...’ (artículo 7º).

También se prevé que ‘Las acciones sujetas a expropiación de las empresas YPF Sociedad Anónima y Repsol YPF GAS S.A., en cumplimiento del artículo precedente, quedarán distribuidas del siguiente modo: el cincuenta y un por ciento (51%) pertenecerá al Estado nacional y el cuarenta y nueve por ciento (49%) restante se distribuirá entre las provincias integrantes de la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos’ (artículo 8º).

Agrega el precepto que ‘el Poder Ejecutivo, por sí o a través del organismo que designe, ejercerá los derechos políticos sobre la totalidad de las acciones sujetas a expropiación’ y que ‘...la designación de los Directores de YPF Sociedad Anónima que corresponda nominar en representación de las acciones sujetas a expropiación se efectuará en proporción a las tenencias del Estado nacional, de los Estados provinciales y uno en representación de los trabajadores de la empresa’ (artículo 9º, énfasis incorporado).

La norma también faculta ‘al Poder Ejecutivo Nacional y al interventor de YPF Sociedad Anónima y Repsol YPF GAS S.A. designado por éste, a adoptar todas las acciones y recaudos que fueren necesarios, hasta tanto asuma el control de Y.PF Sociedad Anónima y Repsol Y.PF GAS S.A., a efectos de garantizar la operación de las empresas, la preservación de sus activos y el abastecimiento de hidrocarburos’ (conf. artículo 14, énfasis agregado).”

Analizadas las normas reguladoras, la CSJN concluyó que YPF S.A. funciona bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional y por lo expuesto se puede sostener que YPF S.A. al estar bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional

se halla obligado a dar cumplimiento a las disposiciones del decreto 1172/2003 en materia de información pública.

La empresa desempeña importantes y trascendentes actividades estratégicas, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede negar información de interés público.

El aspecto analizado por la CSJN en “Giustiniani” tiene previsiones expresas en el Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública con media sanción³⁰.

VI. Consideraciones finales

En Argentina, el Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública va a dar respuesta a una fuerte demanda de una regulación integral, que el decreto 1172/2003 no satisfacía, fortaleciendo de ese modo el acceso a la información, garantizar la transparencia, impulsar una política pública de gobierno abierto en la gestión administrativa del Estado y evitar la corrupción.

Consideramos positivo que el Poder Ejecutivo haya impulsado la iniciativa legislativa del Proyecto de Ley de Acceso a la Información que ya tiene media sanción en el Congreso.

La eficacia de la reglamentación requiere de una acción judicial autónoma de acceso a la información a través de la cual cualquier persona pueda solicitar una información cuando el Estado o un particular a quien se le hayan delegado cometidos públicos denieguen en forma ilegítima la información solicitada.

³⁰ La ley 27.275 tiene una cláusula amplia que enumera los sujetos obligados a brindar información: “Artículo 7º.- *Ámbito de aplicación. Son sujetos obligados a brindar información pública:*

- a) *La administración pública nacional, conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social;*
 - b) *El Poder Legislativo y los órganos que funcionan en su ámbito;*
 - c) *El Poder Judicial de la Nación;*
 - d) *El Ministerio Público Fiscal de la Nación;*
 - e) *El Ministerio Público de la Defensa;*
 - f) *El Consejo de la Magistratura;*
 - g) *Las empresas y sociedades del Estado que abarcan a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias;*
 - h) *Las empresas y sociedades en las cuales el Estado nacional tenga una participación minoritaria, pero sólo en lo referido a la participación estatal;*
 - i) *Concesionarios, permisionarios y licenciarios de servicios públicos o concesionarios permisionarios de uso del dominio público, en la medida en que cumplan servicios públicos y en todo aquello que corresponda al ejercicio de la función administrativa delegada; y contratistas, prestadores y prestarios bajo cualquier otra forma o modalidad contractual;*
 - j) *Organizaciones empresariales, partidos políticos, sindicatos, universidades y cualquier entidad privada a la que se le hayan otorgado fondos públicos, en lo que se refiera, únicamente, a la información producida total o parcialmente o relacionada con los fondos públicos recibidos;*
 - k) *Instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado nacional;*
 - l) *Personas jurídicas públicas no estatales en todo aquello que estuviere regulado por el derecho público, y en lo que se refiera a la información producida o relacionada con los fondos públicos recibidos;*
 - m) *Fideicomisos que se constituyeren total o parcialmente con recursos o bienes del Estado nacional;*
 - n) *Los entes cooperadores con los que la administración pública nacional hubiera celebrado o celebre convenios que tengan por objeto la cooperación técnica o financiera con organismos estatales;*
 - o) *El Banco Central de la República Argentina;*
 - p) *Los entes interjurisdiccionales en los que el Estado nacional tenga participación o representación;*
 - q) *Los concesionarios, explotadores, administradores y operadores de juegos de azar, destreza y apuestas, debidamente autorizados por autoridad competente.*
- El incumplimiento de la presente ley será considerado causal de mal desempeño.”*

En el art. 19 del Proyecto con estado parlamentario en la Argentina, se crea la Agencia de Acceso a la Información Pública, ante quien se deberá solicitar información cuando el solicitante no sepa quién es competente para brindar la información.

Las excepciones de acceso a la información deben estar enumeradas taxativamente. La denegatoria de entrega de la información debe motivarse en forma expresa, ya que el principio general es la publicidad y el secreto o la reserva la excepción y sólo pueden estar relacionadas con la seguridad nacional, un interés público concreto y la protección del derecho a la intimidad de terceros.

En el Proyecto de Ley de Acceso a la Información, en el art. 8º se establece cuáles son las excepciones en lo referente a la obligatoriedad de proveer la información solicitada, causales que la jurisprudencia someterá en cada caso al test de perjuicio y ponderación, es decir, que el perjuicio o daño que pueda producirse con la liberación de la información, sea mayor que el interés público de conocer la información de referencia.

En el art. 14 del Proyecto se establece que se podrá recurrir directamente ante el Fuero Contencioso Federal sin necesidad de agotar la vía administrativa, aspecto que es muy laudatorio toda vez que se ajusta a un criterio de especialidad de la materia que subyace en todo lo que hace la gestión del interés público por parte del Estado, de la Administración Pública y de los particulares que ejercen funciones administrativas públicas por delegación transestructural. El derecho de acceso a la información debe poder ejercerse dentro de los tres poderes del Estado.

Pero además establece la posibilidad de interponer un reclamo potestativo ante la Agencia de Acceso a la información Pública estableciendo plazos para interponer y para resolver.

El derecho a la información pública es un derecho humano en sí mismo y su importancia radica en asegurar el cumplimiento de un elenco importante de garantías constitucionales. Sólo de esta forma nadie podrá ser arbitrariamente impedido de expresar su pensamiento, ni impedido de recibir información.

La legitimación activa debe ser amplia para solicitar el acceso a la información, y en este sentido el Proyecto contempla a toda persona sin acreditar un interés directo, sea persona física o jurídica, pública o privada.

Respecto a la legitimación pasiva debemos señalar que los Estados deben adecuar su ordenamiento interno en función de la Convención Americana de Derechos Humanos, garantizando este derecho a solicitar información no sólo al Poder Ejecutivo, sino a todos los órganos del Poder Público y a las empresas privadas que presten servicios públicos.

Como dijo el Juez de la Corte Suprema de los EE.UU. Louis Brandeis (1913), *La luz del sol es el mejor de los desinfectantes*³¹.

Bibliografía

ARMESTO, DIEGO HERNÁN - GÜIDA, MARÍA CLARA, "El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico argentino en el marco de la Sociedad del conocimiento", *El Derecho Constitucional*, 2014-390.

³¹ BRANDEIS, LOUIS, "Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman", Brandeis University, 1913, disponible en <http://www.brandeis.edu/legacyfund/bio.html>.

BASTERRA, MARCELA I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 10 y ss.

— “Un nuevo aporte al desarrollo del derecho de acceso a la información pública. El fallo “Morales v. Estado Nacional”, *Jurisprudencia Argentina*, fasc. 10, 2008-II, Lexis Nexis, p. 39.

— “¿Supera el test de Constitucionalidad el Proyecto de ley de Acceso a la Información?”, publicado en *Suplemento de Derecho Constitucional*, 2010 (noviembre), p. 63.

BASTONS, JORGE L., “El acceso a la información pública. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *LA LEY*, 16/09/2011, p. 1.

BUENADER, EDUARDO, “Algunas consideraciones sobre el derecho de acceso a la información pública (A propósito de un interesante fallo de la Corte Suprema en la causa ‘Asociación por los Derechos Civiles c. EN - PAMI [Dto. 1172/03] s/amparo ley 16.986’”, *EDA*, 20/12/2013, Nro. 13.389.

CANDA, FABIÁN O., “Principios Convencionales del Procedimiento Administrativo. El principio de ‘tutela administrativa efectiva’. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional”, *El Derecho Administrativo*, 07/10/2015, N° 13.828, p. 1.

CONDESSO, F., *Derecho a la información: crisis del sistema político y transparencia de los poderes públicos*, Dykinson, Madrid, 2011.

COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “Dos sentencias sobre el acceso a la información pública”, *El Derecho Administrativo*, 25/11/2015, N° 13.862.

GRILLO, IRIDE ISABEL MARÍA, “Democracia y Derechos Humanos: el derecho de acceso a la información”, *EDCO* 13/03/2013, N° 13.198.

MORENO GONZÁLEZ, GABRIEL, “Derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia: Una aproximación constitucional”, *Eunomía*, Revista en Cultura de la Legalidad, N° 8, marzo-agosto 2015, pp. 93-125, ISSN 2253-6655.

OBAMA, BARAK, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies on the Freedom of Information Act*, disponible en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/FreedomofInformationAct/.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS y COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 30 de diciembre de 2011, “El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”.

PASTOR DE PEIROTTI, IRMA, “El derecho Administrativo y La Información”, *Revista Rap*, año XXXVI-430, pp. 28 a 40.

PUSTERLA, JOSÉ C., “El acceso a la información pública en un reciente fallo de la Corte Suprema”, *Suplemento de Derecho Constitucional*, 2013 (junio), 28/06/2013, *LA LEY*, 2013-D, 53.



EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA*

*Marcelo José Salomón** - Sofía Andrea Keselman***
Viviana Salomón**** - Sebastián Cipolla******

Resumen: El trabajo buscó “escrutar constitucionalmente” el Derecho del Trabajo en aquellos supuestos en los que están circundadas las relaciones familiares, realizando para ello un examen desde el paradigma constitucional de “protección a la familia” que se deriva de nuestra Carta Magna y los Tratados de DD.HH.

En este caso, se profundizó la observación en la “protección” a la mujer en relación a la maternidad, la situación de lactancia post parto y la “tutela” de los miembros del matrimonio o la unión convivencial.

Detectadas las falencias y debilidades de la norma reglamentaria (en los supuestos referidos) se propusieron andariveles constitucionales para proponer una modificación de la Ley de Contrato de Trabajo que pueda brindar eficacia real y efectiva al mandato constitucional de “protección constitucional de las familias”.

Palabras clave: derecho del trabajo - Constitución Nacional - relaciones familiares.

1. Breve descripción general del proyecto investigativo: introducción general

Lo que a continuación se presenta es una acotada descripción del contenido general de la investigación desarrollada durante el período 2014/2015, que se titula: “El Derecho del Trabajo y la protección constitucional de la familia” y que fuera llevada a cabo en el ámbito del Centro de Investigación Jurídicas y Sociales, Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

La investigación buscó indagar, dentro del Derecho del Trabajo, diferentes supuestos reglamentarios en los que están circundadas las relaciones familiares (ya sean de familiares entres sí o aquellos casos en los que se verifica una especial situación de familia) para poder escrutarlos desde el paradigma constitucional de “protección a la familia” que se deriva de nuestra Carta Magna y los Tratados de DD.HH. jerarquizados en pie de igualdad a la misma.

* Recibido 31/05/2016 - Aprobado 18/08/2016.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Docente de Derecho Constitucional. Docente de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Investigador Categorizado SECyT. Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de Cámara del Trabajo, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

*** Magister en Derecho del Trabajo y las relaciones Laborales internacionales, UNTREF. Juez de Conciliación de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

**** Abogada. Docente Adscripto a la Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Secretaria Técnica Letrada de la SRT.

***** Abogado. Docente Adscripto a la Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Dependiente de la Cámara del Trabajo del Poder Judicial de Córdoba.

Para este cometido, se individualizó el contenido central de la protección constitucional de las relaciones familiares, bagaje normativo que sirvió como “bastión axiológico” para la confrontación constitucional que la supremacía normativa de la CN impone a toda norma reglamentaria, entre las que se encuentran las leyes laborales.

Realizado el análisis específico de la Ley de Contrato de Trabajo, se detectaron varias soluciones legislativas que discriminan, desprotegen, carecen de contención jurídica eficiente o inobservan a los preceptos constitucionales que enmarcan el axioma de la protección constitucional de la familia con especial implicancia al mundo laboral.

Concretamente, se profundizó el estudio y la observación en la regulación legal de la “protección” a la maternidad y la particular situación de lactancia post parto; y en la “tutela” de los miembros integrantes de un matrimonio o de uniones convivenciales.

Una vez detectadas las falencias y debilidades de la norma reglamentaria (en los supuestos referidos) se propusieron algunos andariveles constitucionales legales para obtener una modificación de la Ley de Contrato de Trabajo que compatibilice y brinde dinamismo real y efectivo al mandato constitucional de “protección constitucional de las familias”.

2. Abordaje constitucional de las relaciones familiares

En el siglo XXI no podemos dejar de reconocer que se han producido numerosos cambios sociales, culturales, históricos, políticos, económicos y sociológicos, que han generado una mutación en el paradigma familiar, por lo que estamos convocados a hablar de “las familias”, o de las diferentes formas de familia, o de las diversas formas familiares.

Desde esta perspectiva, ni la Constitución Nacional ni los Tratados Internacionales de DD.HH. delimitan o condicionan la protección a un único modelo de familia, sino que imponen una visión de reconocimiento internacional de los derechos humanos de los integrantes del grupo familiar.

El desafío y la función del “Derecho Constitucional de Familia” consiste en receptar la nueva visión de las relaciones familiares que se observan en la realidad, demarcando en el ordenamiento jurídico argentino andariveles, itinerarios, marcos referenciales dentro de los cuales los operadores jurídicos —muy especialmente el Congreso Nacional— deben diseñar, instrumentar, aplicar y garantizar a través de las diferentes normas reglamentarias y las políticas sociales básicas, el efectivo cumplimiento de los derechos humanos de cada una de las personas que interactúan en las relaciones familiares¹.

El Derecho Constitucional de Familia o de las Familias implica que los operadores jurídicos y judiciales están compelidos a adentrarse en el análisis de las instituciones del derecho familia desde la plataforma jurídica constitucional, “aprehendiendo” en sus concepciones y convicciones jurídicas la subordinación

¹ Cfr: LLOVERAS, NORA - SALOMÓN, MARCELO, “El derecho de familia y los Derechos Humanos: una perspectiva obligatoria”, en: *Libro Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santa Fe, 2001, y más profundamente, en obra, de misma coautoría, titulada: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2008.

y acatamiento que el derecho familiar debe guardar respecto al proyecto jurídico-político que nuestra Carta Magna ha diseñado para la convivencia social colectiva.

La reglamentación de las relaciones familiares debe cumplir una doble función: que sus normativas se iluminen con una visión de desarrollo pleno de la persona humana en todos los ámbitos de su desempeño familiar, haciendo efectivo el principio *pro homine*, por un lado, y fortaleciendo con su coherencia y renovación el sistema general de derecho, por el otro².

2.1. El renovado Código Civil y Comercial: las familias desde la visión constitucional

El Código Civil y Comercial de la Nación sancionado, ubica en el Libro Segundo las modificaciones a las normas de las familias, bajo el nombre “De las Relaciones de Familia” (arts. 401 y ss.). En toda la literalidad de los artículos que lo conforman se percibe una mirada global importante, que es la constitucionalización del derecho de las familias: así se enuncia, desde los fundamentos, la llamada “constitucionalización del derecho civil” y la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional), que han tenido fuerte impacto en el derecho de familia³.

Destacamos que el principal eje reglamentario, tal como expresaran sus autores en los fundamentos del entonces Anteproyecto, es la visión constitucional materializada en los siguientes principios: un código con identidad cultural latinoamericana; la constitucionalización del derecho privado; un código de la igualdad; un código basado en un paradigma no discriminatorio; un código de los derechos individuales y colectivos; en materia de bienes, se actualizan las normas y se comprenden las nuevas situaciones; un código para una sociedad multicultural; un código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

Encontramos que las nuevas “reglas familiares” intentan dar una respuesta a conflictos existentes, no contemplados hasta ahora o, de algún modo, no previstos conforme a los principios constitucionales, lo que explica la cantidad de sentencias que declararon inconstitucionales algunas de aquellas caducas previsiones.

Así, el nuevo Código, en el derecho de las relaciones de familia, introduce profundos cambios de mirada, receptando interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, nacionales y extranjeras, como asimismo planteos novedosos en relación a las etapas históricas anteriores en el derecho argentino.

2.2. Las relaciones familiares en el mundo del trabajo

Las relaciones jurídicas laborales, tanto en su nacimiento, desarrollo, como en su extinción, poseen un profundo entramado reglamentario con el

² Para profundizar sobre la problemática constitucional de diferentes institutos del Derecho de Familia, puede verse con provecho: GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS - FAMÁ, MARÍA VICTORIA - HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I y t. II.

³ Puede verse: DE LA TORRE, NATALIA, “La unión convivencial en el nuevo Código Civil y Comercial: la regulación integral de otra forma de vivir en familia”, pp. 75 y ss.; y LLOVERAS, NORA, “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, pp. 99 y ss., en *Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento Especial. Familia*. Directoras: AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI - MARISA HERRERA, La Ley, Buenos Aires, diciembre 2014.

colectivo social “familia”, determinando con sus preceptos diferentes derechos, obligaciones o beneficios a distintos integrantes de los grupos familiares del trabajador, o sus derechohabientes en caso de fallecimiento.

Es dable destacar, a modo de ejemplo, que la regulación del empleo de mujeres y menores en actividades de producción precisamente constituyó, históricamente, el punto de partida del Derecho del Trabajo. Como bien lo advirtiera Monzón, en dicho sistema normativo, el amparo de la mujer es —junto al de los menores—, un capítulo inicial mediante el cual se erosionó una concepción deformada de la autonomía de la voluntad; la crisis del “dogma de la autonomía” abrió así el camino a una visión más realista y más justa de la posición de los sujetos con relación a su respectivo “poder de negociación” o “poder negocial”, cuya existencia, sin embargo, debe ser preservada como forma de respeto a la persona⁴. Y el mecanismo tutelar instrumentado respecto de ese colectivo tuvo, concretamente, un sentido social, enfatizándose en el rol hogareño-familiar que, fundamentalmente las primeras, eran culturalmente llamadas a desempeñar⁵.

En ese marco se puede observar cómo las variadas vicisitudes de la vida familiar (vgr.: nacimiento y/o adopción de hijos, casamiento, situaciones de género, enfermedades, fallecimiento, etc.) son captadas y reglamentadas por las leyes laborales.

A título de ejemplo, podemos visualizar la llamada “protección por matrimonio”, contenida en los arts. 180 a 182 de la Ley de Contrato de Trabajo —en adelante LCT—, o la tutela por maternidad, regulada en los arts. 177 a 179 del mismo plexo normativo; la fijación de “beneficiarios familiares” de las prestaciones dinerarias e indemnizaciones por muerte del empleado contempladas en el art. 248 y conc. de la LCT y complementarias, entre muchos otros.

La reglamentación laboral reviste una peculiaridad específica: una gran dispersión normativa generada por la proliferación de diferentes fuentes de emisión y la actuación —en la génesis y en la aplicación de la norma— de distintos estamentos estatales, lo que conlleva a una constante tarea de integración, complementación y confrontación entre las normas vigentes, las que muchas veces son contradictorias entre sí, generando un torrente de discusión que —en amplísima mayoría— es abordado sólo desde el espectro que circunda al “iuslaboralismo”.

Por ello, entendemos como un aporte de valor realizar una indagación “axiológica-normativa” de los supuestos propuestos; este cometido —desde el atalaya constitucional— autoriza a refrendar o reprobar el marco regulatorio imperante, proponiendo, en su caso, regulaciones compatibles con la Carta Magna Nacional.

3. Análisis específico de diferentes supuestos reglamentarios

Como ya se explicara en la introducción general, la investigación focalizó el estudio y escrutinio constitucional en casos específicos de las relaciones labo-

⁴ MONZÓN, MÁXIMO D., “Los menores y las mujeres en el Derecho del Trabajo”. Comentario bibliográfico al libro del Dr. MARTÍNEZ VIVOT, JULIO J., DT, 1982-A, 123.

⁵ MARTÍNEZ VIVOT, JULIO, “Trabajo de mujeres y menores”, en *Tratado de Derecho de Trabajo*, dirigido por MARIANO DEVEALI, La Ley, Buenos Aires, 1964, Libro II, p. 226.

rales en cuya plataforma fáctica se verifica claramente una “situación familiar” que, por mandato constitucional, debe ser protegida.

3.1. La “protección legal” de la maternidad y la lactancia

En este acápite se presentará el desarrollo efectuado en el proyecto del abordaje de dos supuestos fácticos distintos pero continuados el uno del otro. Por un lado el embarazo y su posterior parto y, por el otro, el estado de maternidad y lactancia.

3.1.1. La estabilidad de la mujer embarazada

El capítulo II del Título VII de la LCT contempla la tutela de la mujer trabajadora con relación a la maternidad. La ley (art. 177) garantiza a la mujer trabajadora la estabilidad en el empleo durante la gestación, la que tendrá carácter de derecho adquirido a partir de la notificación fehaciente al empleador del embarazo, con presentación del certificado médico o requiriendo la comprobación de su estado por parte de aquél.

Tal garantía se completa con la presunción prevista en el art. 178 ib. de que “el despido... obedece a razones de maternidad o embarazo, cuando fuere dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con la obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo, así como en su caso, el del nacimiento”. En tales condiciones —prosigue la norma— “dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de esta ley”.

Respecto al art. 177 de la LCT, un importante sector de la doctrina ha interpretado que la estabilidad a que refiere es de las llamadas impropias. Esto es, el despido dispuesto durante la gestación, si bien es un acto ilícito, no es nulo. La medida produce efectos extintivos, pero la responsabilidad patronal se agrava si tiene lugar dentro de los lapsos en que se presume que obedece a razones de maternidad. Se trataría, pues, de un fortalecimiento de la protección genérica contra el despido arbitrario. En esa dirección se manifiestan, por ejemplo, Martínez Vivot⁶, Guibourg⁷ y González (h.)⁸.

A nuestro modo de ver, la estabilidad garantizada comprende todo el período de la gestación más un lapso nunca inferior a los 45 días posteriores al parto, el que dependerá de la elección que haya realizado la madre y/o de las contingencias médicas del parto. Más claramente: comunicado el estado de embarazo la trabajadora goza de la “estabilidad prolongada”, lo que implica la imposibilidad patronal de producir el distracto del contrato de trabajo, sea a través de un acto que encubra una discriminación, o ejerciendo la facultad patronal del despido incausado.

Concretamente: durante el período de estabilidad garantizado a la mujer embarazada se encuentra vedada la posibilidad de extinción del contrato sin causa, consecuentemente es improcedente, nulo, ilegal, e inconstitucional el

⁶ MARTÍNEZ VIVOT, JULIO J., *Elementos del derecho del trabajo y la Seguridad Social*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 296.

⁷ GUIBOURG, RICARDO A., “La protección de la mujer en la Ley de Contrato de Trabajo”, en LT XXIV-A, 1 y ss., p. 8, citado por LITTERIO, LILIANA H., ob. cit. p. 406.

⁸ GONZÁLEZ (H.), RICARDO O., “Discrepancias en torno a la protección de la maternidad durante el período de prueba”, IMP, 2000-A, 1511.

ejercicio patronal de tal facultad. En la corriente de opinión que propiciamos se ha expresado, por ejemplo, Centeno, para quien, en atención a las expresiones hechas en sede legislativa al tiempo de tratar la norma, debería admitirse que la ilicitud del despido de la trabajadora durante el plazo por el que goza de estabilidad debe conducir a su invalidez, con lo que cabría una acción de nulidad de aquél y la *reinstalación* en el puesto de trabajo. Como consecuencia de ello, el empleador quedaría obligado a rever la medida y abonar los salarios caídos. Si el despido, además, se produce dentro del plazo del art. 178 de la LCT y el empleador no acata la medida que le ordena dejarlo sin efecto con aquel alcance, estará obligado al pago de la indemnización que prevé el art. 182, acumulada a la del art. 245⁹.

En esa misma línea se expresa Mario Samuel, destacando, además, que *“No existe en el Derecho Individual del trabajo argentino ninguna protección más nítida que la presente. No hay ningún caso donde la Ley de Contrato de Trabajo Garantice y que inclusive le otorgue carácter de derecho adquirido (con la notificación a la empleadora). Ni en el matrimonio, ni las licencias, ni en los accidentes inculpables. La ley es clara: garantía es una forma de ‘asegurar’ el cumplimiento de una obligación”*¹⁰.

A ese respecto, el autor citado en último término destaca las expresiones vertidas por el Senador informante Pennisi que seguidamente se transcriben: “Con profunda satisfacción debo informar a los señores senadores el beneplácito con que la comisión ha recogido una sugerencia del presidente de la República, teniente general Perón y que nos la hiciera conocer el compañero ministro Otero. Ella está referida a consagrar dentro de las normas de la ley el principio de la estabilidad absoluta para la mujer embarazada, de modo que la compañera trabajadora, a partir del momento mismo de la concepción goce de absoluta seguridad de que no podrá ser objeto de un despido. Por eso hemos estructurado una norma en la que establecemos este principio...”¹¹. En una línea similar de pensamiento, hace ya muchos años se ha expresado más recientemente Amanda Caubet, sosteniendo que la normativa internacional, juntamente con la ley 23.592, ha modificado el esquema legal fortificando los derechos de la mujer en caso de discriminación, con la posibilidad —incluso— de declarar la nulidad del despido, cuyo efecto sería la readmisión de la trabajadora y el pago de los salarios caídos¹².

3.1.2. *La protección de la maternidad: supuestos omitidos por la regulación*

El art. 178 de la LCT, al que ya hemos referido *supra*, dispone que se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto.

⁹ NORBERTO CENTENO, en LÓPEZ J.; CENTENO, N. y FERNÁNDEZ MADRID, J. C., *Ley de Contrato de trabajo*, 1ª ed., Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, pp. 652/3.

¹⁰ Ob. cit. en nota anterior, p. 82.

¹¹ ADLA, XXXIV-D; ley 20.744, p. 3244, citada por SAMUEL, MARIO OSVALDO, “El despido”, en *Temas claves de Derecho del Trabajo*, obra colectiva dirigida por el autor, López-Moreno Editores, Córdoba, 2007, p. 83.

¹² CAUBET, AMANDA, “La estabilidad especialmente protegida en los casos de discriminación: Despido nulo de la mujer embarazada y de representantes sindicales”, *Rev. Doctrina Laboral*, Ed. Errepar, noviembre de 1996, pp. 945 y ss.

Uno de los supuestos no contemplados en la regulación normativa es el de la frustración del embarazo o fallecimiento del hijo. La jurisprudencia, sin embargo, ha hecho extensiva la presunción contemplada en la previsión mentada a tales hipótesis. En cuanto a la primera, la solución propuesta se ha hecho fincar en que en tales ocasiones es cuando más pueden producirse en la mujer consecuencias negativas en el plano psíquico y en su equilibrio y compensación orgánica susceptibles de repercutir en su desarrollo laboral, dejándola expuesta a eventuales criterios de conveniencia o eficacia desde una óptica empresarial, y conduciéndola a la pérdida de su empleo¹³. Respecto del supuesto de nacimiento sin vida o fallecimiento durante el período de tutela, se ha sostenido que “...la frustración sufrida por la demandante desde la muerte de su criatura, exige la misma cobertura legal —frente a la extinción del contrato de trabajo en los plazos legales citados— a raíz de su estado físico y psíquico sobreviniente a tan ingrata circunstancia, que la otorgada a la dependiente que felizmente logra su propósito del ejercicio de la maternidad”¹⁴.

Tampoco ha sido previsto el caso de adopción. En diversos precedentes jurisprudenciales se dispuso, también, hacer operativa la presunción comentada a la mujer adoptante¹⁵, reparándose en que tanto la maternidad por adopción cuanto la biológica tienen el mismo valor moral y merecen igual atención por parte de la ley, motivo por el cual no cabe otra solución que otorgar idéntica protección legal.

Igualmente, no hay previsión especial respecto de la vigencia de la presunción durante el período de prueba. Un importante sector de la doctrina y jurisprudencia se inclina por admitir la aplicación de la presunción en cuestión durante el período señalado. En ese sentido se expresa Pirolo, para quien las normas que eximen de toda responsabilidad al empleador que despide sin causa dentro del lapso de prueba quedan desplazadas por aquellas que protegen a la mujer en las situaciones analizadas¹⁶. Igual posición asume Etala¹⁷ y Ragusa¹⁸. Tal es, también, el criterio adoptado por el TSJ de Córdoba en autos “Liberti, Julieta Mercedes c. Córdoba Gestiones y Contactos SA” (Sent. N° 164 del 11/12/2013), en el que destacó que “es la protección especial de la estabilidad en el empleo motivada en la maternidad (art. 178 LCT), la que cobra relevancia ante la precariedad inicial de la relación laboral en el período de prueba (art. 92 bis LCT)”. Añadió que “la facultad de extinguir el contrato en ese lapso, sin expre-

¹³ CNTrab., sala V, 19/05/2003, “Saccone, María C. c. Global Service SA”, Lexis N° 40000401. En igual sentido: CNTrab., sala I, “Rossi, Stella M. c. Tecrema, S. R. L.”, 17/03/1979, DT, 1979-594.

¹⁴ SCBA, 31/08/1984, “Flores, Ramona A. c. Sil Ben S.C.A.”, DT, 1985-A, 345. En igual sentido: CNTrab., sala IV, 15/12/1986, “Palma, Graciela Lilian c. Banco de la Provincia de Santa Cruz (Sucursal Buenos Aires)”, DT, 1987-A, 357; CNTrab., sala VII, 20/3/2000, “Romero, Graciela E. c. Tecnografic S.A.”, DT, 2000-B, 1993; CNTrab., sala VIII, 14/10/1983, “Castro, Herminia B. c. Ober S.A.”, DT, 1984-A, 71; CNTrab., sala I, 30/07/1986, “Samar, Virginia Inés c. Sambucetti, Eduardo Santiago”.

¹⁵ CNTrab., sala V, 30/09/1999, “Causaa, Margarita E. c. Alexander Fleming S.A. s/ despido”, TySS, 1999-1164; CNTrab., sala X, 30/05/2000, “Tripodi Graciela M. c. Instituto Erna Escuela Recuperación Niños Atípicos SRL y otro”, RDL, 2000-2, sum. 41. En contra de este criterio: CNTrab., sala II, 15/12/1993, “Del Pino, Florencia c. Galeno Prev. Médica S.A.C.”; *Manual de Jurisprudencia. Ley de Contrato de Trabajo*, 4ª ed., La Ley, 2002, p. 484.

¹⁶ PIROLO, MIGUEL ÁNGEL, “La estabilidad por maternidad y matrimonio garantizada a la mujer en distintas modalidades contractuales y en los regímenes especiales”, DT 2000-B, pp. 2265 y ss.

¹⁷ ETALA, CARLOS A., “El período de prueba en la ley 25.013”, DT, 1999, pp. 210 y ss.

¹⁸ RAGUSA, AZUCENA B., “El período de prueba y algunas instituciones que tutelan la estabilidad del trabajador en el empleo”, DT, 2001-B, pp. 42 y ss.

sión de causa y sin derecho a indemnización, debe ceder frente a la existencia de algún indicio de discriminación. Es que el plazo de prueba que establece el art. 92 bis LCT se justifica en la evaluación por parte de los contratantes de la conveniencia de la relación. Por un lado, le permite al empleador apreciar las aptitudes del trabajador para la tarea encomendada, y por otro le otorga al dependiente la posibilidad de experimentar si aquélla es de su interés. Ahora bien, si median elementos que justifiquen la sospecha de que no se está frente a una decisión fundada en la falta de idoneidad del trabajador, es el empleador quien debe asumir el esfuerzo probatorio tendiente a demostrar que no existió el acto discriminatorio que nuestro sistema legal condena. La limitación temporal del derecho a la estabilidad no puede dejar de lado el análisis relativo a si la conducta extintiva de la patronal se encuentra acompañada de presunciones relativas a la existencia de otra motivación”.

En una directriz opuesta se hallan autores tales como Martínez Vivot¹⁹, Carcavallo²⁰ y Villavicencio²¹, quienes hacen prevalecer los efectos propios del período de prueba en mérito a que el art. 92 bis de la LCT dispensa al empleador de dar explicación sobre las razones que motivan su decisión extintiva. En una línea que cabría calificar de intermedia se ubican aquellos que consideran que, durante el lapso señalado, si bien rige la garantía de estabilidad, no tiene virtualidad la presunción que emerge del artículo en comentario. En consecuencia, la procedencia de la indemnización agravada está condicionada a que la trabajadora acredite que fue víctima de un acto discriminatorio fundado en razones de maternidad o matrimonio. Así, Ricardo González (h.), entiende que *“la ruptura del contrato de trabajo durante el período probatorio no genera la presunción consagrada por los arts. 177, 178 y 181 de la LCT, salvo que se pruebe en forma fehaciente que el despido se generó como consecuencia del estado de gravidez de la trabajadora...”*²².

Finalmente, el art. 178 de la LCT sólo se refiere al despido dispuesto por el empleador —directo—, omitiendo aludir al supuesto de despido indirecto. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria ha receptado la protección también en casos de despido indirecto, pues, de otra manera, el empleador podría colocar a la trabajadora en situación de tener que soportar cualquier tipo de injuria en el plazo de tutela, sin contar la dependiente con la protección brindada por la normativa vigente²³. Sin perjuicio de ello, se ha advertido que, en tales casos, las circunstancias deben valorarse con mayor prudencia a fin de evitar un abuso de derecho por cualquiera de las partes²⁴.

¹⁹ MARTÍNEZ VIVOT, JULIO J., “Despido de una trabajadora embarazada durante la vigencia del período de prueba”, TySS, 1998, pp. 1042 y ss.

²⁰ CARCAVALLO, HUGO, “La reforma laboral”, TySS, 1995, pp. 329 y ss.

²¹ VILLAVICENCIO, MARCELO, “El período a prueba en la LCT y su reforma en la ley 25.013”, DT, 1998, pp. 2029 y ss.

²² GONZÁLEZ (H.), RICARDO O., “Discrepancias en torno a la protección de la maternidad durante el período de prueba”, IMP, 2000-A, p. 1511.

²³ CNTrab., sala VII, 20/09/1995, “Bellatti, Silvia M. c. Sociedad Protectora del Hogar Militar Dr. Dámaso Centeno, Jardín de Infantes”, DJ, 1996-1-693; ver también SCBA, 05/09/1989, “Luise, Sara B. c. Celtia S.A.”, DJBA, 137-8423; CNTrab., sala VI, 11/06/2007, “Ferreira González, Roxana de los A. c. Carrefour Argentina S.A.”.

²⁴ C3ª Trab. Mendoza, 03/04/2007, “Rojas, Natalia Sabrina c. Primitiva Flores”, LLGran Cuyo 2007 (julio), 657.

En suma, creemos que la regulación legal, para guardar plena coherencia con las garantías constitucionales en lo que atañe a la protección integral de la familia evitando interpretaciones jurisprudenciales que desvirtúen aquélla, debería prever expresamente la opción de que la mujer trabajadora que ha sido desvinculada por causa de su maternidad requiera la reinstalación en su puesto de trabajo, tal como se contempla en la ley 23.551 para los trabajadores que gozan de tutela sindical.

Igualmente, debería, mediante una estipulación concreta, hacerse extensiva la tutela a los supuestos de despidos por razones de maternidad acaecidos durante el período de prueba. También a los casos de adopción o fallecimiento de hijo, o frustración del embarazo en estado final. De la misma manera, debería contemplar expresamente el supuesto de despido indirecto acaecido en el período de tutela.

3.1.3. *Los descansos maternos por lactancia*

El art. 179 de la LCT establece, en su primer párrafo, que “Toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos (2) descansos de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por lapso más prolongado”. El fin de la norma es favorecer la alimentación del niño y el contacto con la madre, estimulando el vínculo simbiótico. Se ha interpretado que el hecho de la lactancia comprende no sólo los casos de alimentación natural, sino también los supuestos en que los alimentos se suministran por medio de sustitutos artificiales.

La norma, en sí, no ofrece reparos constitucionales, más en los tiempos actuales, a mérito de las distancias existentes entre los domicilios de las trabajadoras y sus lugares de labor y la ausencia de operatividad de las salas maternas contempladas en su segundo párrafo —conforme se analizará *infra*— se desvirtúa la finalidad perseguida por el legislador, convirtiéndose la previsión en una franquicia para ingresar una hora después o salir una hora antes del horario habitual.

3.1.4. *Las salas maternas: la omisión de reglamentación y la protección integral de la familia*

El art. 179 de la LCT, en su segundo párrafo, estipula que “En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”.

La existencia de las salas maternas o guarderías encuentra su razón de ser en la importancia del contacto y presencia de la madre tanto con el lactante cuanto con su hijo de corta edad, quienes necesitan, física y psicológicamente, la personal atención de aquélla. No obstante, la ausencia de reglamentación del dispositivo convierte a la previsión en una pura expresión de buenos deseos.

En la legislación comparada se observan dos sistemas que regulan la institución de las casas cunas y guarderías. Unos, los más antiguos, ponen en cabeza del empleador la obligación de proveerlos, otros, los más modernos y actuali-

zados códigos del trabajo, lo hacen a cargo de los sistemas de seguridad social. En Costa Rica²⁵, Paraguay²⁶, Venezuela²⁷, Chile²⁸ y Guatemala²⁹, por ejemplo, y con ligeros matices, se regula la protección de la maternidad, y se prescribe que los establecimientos que ocupan un mínimo de mujeres (20, 30 y hasta 50) deben sostener obligadamente salas anexas e independientes del local del trabajo donde la mujer pueda alimentar a su hijo menor de 2 o 3 años y dejarlos mientras estén en el trabajo, debiendo reunir determinadas condiciones de higiene y seguridad. Las transgresiones se sancionan con multas y hasta con el cierre del establecimiento laboral.

En México³⁰, en cambio, las casas cunas y guarderías están a cargo del régimen de la seguridad social. En dicho país se utiliza el sistema del seguro de maternidad, que comprende, entre otras coberturas, el seguro de guarderías.

De conformidad a lo que venimos exponiendo se impone, como una derivación del principio constitucional de protección integral de la familia, la reglamentación de la previsión antes citada a los fines de propender a su plena operatividad. Concretamente: es imperioso que en nuestro país se adopte una medida estatal de acción positiva (art. 75.23 CN) y se legisle la provisión de salas maternas de tal manera que se garantice el derecho constitucional a una maternidad laboral efectiva.

3.1.5. El estado de excedencia: algunas objeciones constitucionales a la normativa actual

El art. 183 de la LCT contempla distintas opciones reconocidas a favor de la trabajadora que diera a luz un hijo tras la conclusión del período de prohibición de trabajo contemplado en el art. 177 ib. A saber: a) continuar con su trabajo en la empresa, en las mismas condiciones que rigieron hasta el nacimiento de aquél; b) rescindir el contrato de trabajo percibiendo una compensación especial que esa norma contempla o los mayores beneficios que puedan surgir de estatutos profesionales o convenios colectivos de trabajo; c) quedar en situación

²⁵ Conf. art. 100 del Código del Trabajo de Costa Rica.

²⁶ Ley 213, que establece el Código del Trabajo, en su art. 134 prescribe que “En... los establecimientos industriales o comerciales en que trabajen más de cincuenta mujeres, están obligados a habilitar salas maternas para niños menores de dos años, donde estos quedarán bajo la custodia, durante el tiempo de ocupación de las madres. Esta obligación cesará cuando las instituciones de seguridad social atiendan dicha asistencia”.

²⁷ Ley Orgánica del Trabajo, art. 391: “El patrono que ocupe a más de veinte (20) trabajadores, deberá mantener una guardería infantil donde puedan dejar a sus hijos durante la jornada de trabajo. Dicha guardería deberá contar con el personal idóneo y especializado. En la reglamentación de esta Ley o por Resoluciones especiales se determinarán las condiciones mínimas para el establecimiento de guarderías y se harán los señalamientos necesarios con el objeto de cumplir los fines para los cuales han sido creadas”.

²⁸ Conf. art. 203 del Código de Trabajo de Chile (texto según ley 19.591): “Las empresas que ocupan 20 o más trabajadoras, de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de 2 años y dejarlos mientras están en el trabajo...”

²⁹ Código del Trabajo, art. 155: “Todo patrono que tenga a su servicio más de treinta trabajadoras queda obligado a acondicionar un local a propósito para que las madres alimenten sin peligro a sus hijos menores de tres años y para que puedan dejarlos allí durante las horas de trabajo, bajo el cuidado de una persona idónea designada y pagada por aquél”. Dicho acondicionamiento se ha de hacer en forma sencilla dentro de las posibilidades económicas del patrono, a juicio y con el visto bueno de la Inspección General de Trabajo.

³⁰ Conf. art. 171 de la Ley Federal del Trabajo (“Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias”).

de excedencia por un período no inferior a tres meses ni superior a seis meses. Es el último de los supuestos enunciados en el que nos detendremos. Por medio del mismo se materializa una suspensión del contrato de trabajo por decisión o a opción de la trabajadora con la finalidad de permitirle el cuidado del hijo recién nacido.

Para poder ejercer alguna de las opciones previstas en los incs. b) y c) de la norma antedicha la trabajadora deberá computar, como mínimo, un año de antigüedad en la empresa —conforme art. 185, LCT—. Doctrina autorizada ha sostenido que con tal recaudo se pretende evitar que la mujer ingrese conociendo su estado de embarazo y así gozar de los beneficios legales³¹. Tal interpretación, y la exigencia legal, estimamos desvirtúa la finalidad de la norma. Apreciamos que es indiferente la antigüedad de la trabajadora en el empleo puesto que la necesidad de atender a un niño recién nacido es idéntica en todas las mujeres que han dado a luz.

Es de destacar que el período de excedencia no genera derecho a percibir salarios ni asignaciones de ninguna índole. Asimismo, conforme lo determina el art. 184 de la LCT, no se computa como tiempo de servicios a los fines de los beneficios legales de la antigüedad en el empleo. Esta última previsión merece nuestro repudio en tanto distingue, sin razón objetiva que lo justifique, el supuesto de excedencia de otros en los que también se encuentran en juego la tutela de garantías constitucionales y en los que el tiempo de suspensión del contrato de trabajo sí se computa como de servicio a los mismos fines. Nos estamos refiriendo a los casos de licencia por cargos políticos, sindicales y convocatorias especiales contemplados en los arts. 215 y ss. de la LCT.

3.2. La “protección legal” de los miembros del matrimonio

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 16, prescribe el derecho de los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil a casarse y fundar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Asimismo, consagra a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, merecedora, como tal, de la protección estatal. Igual reconocimiento efectúa el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 17.

En el derecho interno, la protección contra el despido por causa de matrimonio se instauró en defensa, precisamente, de esa institución familiar. El art. 181 LCT estipula que se considera que el despido responde a causa de matrimonio cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres (3) meses anteriores o seis (6) meses posteriores a aquél y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posteridad a los plazos señalados.

Cuando la ley alude a matrimonio hace referencia a la unión celebrada conforme a la ley civil, de nuestro país o del extranjero, descartándose la protección en los supuestos en que la unión tuviera lugar sólo en la instancia religiosa.

³¹ POCLAVA LAFUENTE, JUAN C., comentario al art. 186 de la LCT, disponible en La Ley Online.

3.2.1. La aplicación de la presunción al despido del trabajador varón

Un aspecto controversial es el relativo a la procedencia de la indemnización especial para los supuestos de despido del trabajador varón acaecido dentro de lapso de sospecha previsto en la previsión bajo análisis, pues la protección de referencia se encuentra enmarcada en el título VII —“Trabajo de mujeres”—, y específicamente en el capítulo III —“De la prohibición del despido por causa de matrimonio”—.

En atención a lo indicado es que se abrió un debate que muestra posiciones doctrinarias y jurisprudenciales encontradas. Para un sector doctrinario, no existe posibilidad de efectuar discriminación alguna fundada en razones de sexo que limite la aplicación de los arts. 181 y 182 de la LCT en toda su amplitud³². Otros, en cambio, en función de la ubicación de las normas citadas dentro del título del Trabajo de mujeres, restringen su aplicación sólo al despido de ellas. En una tercera línea se ubican quienes admiten la procedencia de la indemnización agravada pero no reconocen la vigencia de la presunción del art. 181, LCT³³.

El tema fue debatido en el plenario número 272 de la CNTrab., de fecha 23 de marzo de 1990 (autos “Drewes, Luis A. c. Cocelec S. A. C. s/ Cobro de pesos”). Ante el interrogante planteado respecto a si es procedente la *indemnización* por causa de matrimonio para el caso del trabajador varón, la mayoría se expidió en forma afirmativa. En sentido negativo se pronunciaron Vázquez Vialard, Guibourg y Lasarte. Sin embargo, nada se resuelve sobre la presunción del art. 181 LCT. No obstante, varios de los opinantes, y el en ese entonces procurador general del fuero, aluden al tema auspiciando soluciones distintas. Así Bermúdez, Capón Filas, Morando, González, Vaccari y Morasso sostienen que corresponde aplicar en forma amplia el instituto del despido por matrimonio a todos los trabajadores. Morell hace hincapié en la necesidad de la acreditación fehaciente de la causal discriminatoria respecto del trabajador varón, por lo que expresamente excluye la presunción contenida en el art. 181 de la LCT³⁴.

A nuestro modo de ver, la presunción de mentas favorece por igual y con la misma intensidad tanto al varón como a la mujer trabajadoras.

En este punto, es imperativo desentrañar cuál ha sido el bien jurídico que el legislador ha querido proteger: si aquél es la institución del matrimonio frente al despido, o si, en cambio, lo es la mujer trabajadora en el matrimonio y frente al despido. Es inconfundible que la intención del legislador ha sido proteger al trabajador, varón y mujer, frente al despido por matrimonio, eliminando cualquier diferencia que regía hasta entonces, tanto en el grado de protección como en la intensidad en la validez de la presunción.

Fortifica la posición, el mandato constitucional del art. 14 bis CN, cuando en su párrafo tercero consagra la “protección integral de la familia”; por lo tanto, la protección del despido por matrimonio no puede estar inspirada en otro

³² SCBA, 12/05/1987, “Molina, Gustavo F. c. Algodonera Llavallol S.A.”, DT, 1987-B, p. 1079; CNTrab., sala VIII, 15/02/1988, “Peralta, Miguel Ángel y otros c. Arimac S.A.I.C. y de Mandatos”, DT, 1988-A, p. 790.

³³ CNTrab., sala I, 29/03/1988, TySS, 1988, p. 1098; CNTrab., sala II, 04/11/1988, “Albrizio, José N. c. Discompany S.A.”, DT, 1989-A, p. 440; CNTrab., sala X, 17/02/2000, DT, 2000-B, p. 1609; CNTrab., sala III, 13/09/1995, DT, 1996-A, p. 436; CNTrab., sala IX, 24/03/1998, DT, 1998-B, p. 1856.

³⁴ Según advierten CAMPEOTTO, CLAUDIO C. y MASSINI, ANA, “Un tema en debate: el art. 181 del régimen de contrato de trabajo”, DT 1992-B, p. 1631.

supuesto que no sea éste, por ser el matrimonio el punto inicial de la familia. El mandato constitucional es claro: “Proteger a la familia”, y no sólo a uno de sus integrantes, la mujer. No existe ninguna razón de orden axiológico que justifique la protección de la mujer y no la del varón, pues a dos situaciones exactamente iguales (el despido de la mujer y el varón), se le estaría dando resolución diferente, ya que la presunción a favor del varón sería de menor intensidad y validez probatoria. Afirmamos que una resolución en este sentido sería inconstitucional.

3.2.2. *La “protección por matrimonio” de la LCT frente a las uniones convivenciales*

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde agosto de 2015, luce la aceptación de las diferentes formas de organización familiar y en el título III del Libro II, bajo la nominación de “Uniones convivenciales”, se aborde una configuración de relaciones familiares, que no implican la unión matrimonial. Así, el número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial es un lugar corriente, en todas las manifestaciones y grupos sociales.

La Ley de Contrato de Trabajo, sin embargo, restringe la protección en análisis a los “matrimonios”, con lo que se impone una adecuación a las nuevas formas de organización familiar.

Repárese que el nuevo régimen de uniones convivenciales prevé la creación de un registro donde pueden inscribirse aquéllas, aunque es posible acreditar su existencia por cualquier medio probatorio; es decir, la registración es declarativa y no constitutiva de derechos.

Ello así, la protección debería establecerse a partir de la notificación que se haga al empleador de la referida unión, tal como acontece con el supuesto del matrimonio.

Ello toda vez que los convivientes tienen similares derechos y obligaciones que los esposales en torno al deber de asistencia mutua, contribución a los gastos domésticos y solidaridad por las deudas contraídas por uno de ellos frente a terceros, por lo que se impone equivalente tutela.

Por ello, sin hesitación, sostenemos que la protección del art. 178 LCT también debe ser aplicable a aquellas uniones convivenciales siempre y cuando hayan cumplimentado la notificación respectiva a la empleadora.

4. Conclusiones generales

A modo de síntesis exponemos algunas conclusiones:

- La función del “Derecho Constitucional de Familia y el Trabajo”, consiste en receptor la visión de las relaciones familiares de la realidad, demarcando andariveles, itinerarios y marcos referenciales dentro de los cuales los operadores jurídicos deben diseñar, instrumentar, aplicar y garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos de quienes interactúan en las relaciones familiares dentro del mundo del trabajo.
- Entendemos como un aporte de valor realizar siempre una indagación “axiológica-normativa” de las reglamentaciones laborales; este cometido —desde el atalaya constitucional— autoriza a refrendar o reprobar

el marco regulatorio imperante, proponiendo, en su caso, regulaciones compatibles con Carta Magna Nacional.

- La estabilidad garantizada por maternidad comprende todo el período de la gestación más un lapso nunca inferior a los 45 días posteriores al parto, el que dependerá de la elección que haya realizado la madre y/o de las contingencias médicas del parto.
- Respecto a la protección por maternidad, la regulación legal debería prever expresamente la opción de que la mujer trabajadora que ha sido desvinculada por causa de su maternidad requiera la reinstalación en su puesto de trabajo. Asimismo, la norma debería hacer extensiva la protección a los casos de adopción, fallecimiento de hijo o frustración del embarazo avanzado y al despido indirecto. De igual modo, debería eliminarse la exigencia de una antigüedad mínima para poder acogerse al período de excedencia, como también prever que el plazo respectivo se compute como tiempo de antigüedad a todos los fines respectivos.
- Es imperioso que en nuestro país se adopte una medida estatal de acción positiva (art. 75.23 CN) y se legisle la provisión de salas maternas de tal manera que se garantice positivamente el derecho constitucional a una maternidad laboral efectiva.
- Frente al matrimonio, no existe ninguna razón de orden axiológico que justifique la protección de la mujer y no la del varón, pues a dos situaciones exactamente iguales (el despido de la mujer y el varón), se le estaría dando resolución diferente.
- La protección por matrimonio (art. 178 LCT) también debe ser aplicable, en igual grado e intensidad, a aquellas uniones convivenciales siempre y cuando hayan cumplimentado la notificación respectiva a la empleadora.



EL SERVICIO DEL AGUA Y SANEAMIENTO EN ARGENTINA: DE LOS PATRONES DEL MODELO NEOLIBERAL AL MODELO DEL BIEN PÚBLICO*

*María Carolina Ulla***

Resumen: Desde los años '90 los países de la región, y en particular en Argentina, experimentaron una notoria transformación del rol del Estado con la privatización de los servicios de agua y saneamiento producto de la consolidación hegemónica de un núcleo muy acotado de grandes conglomerados empresariales (de origen tanto local como extranjero) bajo la gobernanza neoliberal (mercado, privatización, Nueva Gerencia Pública). Dentro de este marco, el interés del presente trabajo se centra, en su aspecto más general, en los cambios introducidos a partir de estas transformaciones en el campo de la gobernabilidad de los recursos hídricos y de los servicios de agua y saneamiento, y en particular, en las políticas de expansión de la participación privada en el sector que han privilegiado la acción de grandes monopolios privados en Argentina. Sin embargo, los problemas de diseño e implementación que se plantearon para la provisión del servicio de agua en manos privadas no solucionaron los problemas de la eficiencia y calidad del agua, dándose un nuevo proceso de significación a la provisión y saneamiento agua a través de la re-estatización y la co-producción impulsados por los déficits del modelo neoliberal.

Palabras clave: privatización del agua - gobernanza neoliberal del agua - acumulación por desposesión - instrumentos jurídicos - re-estatización - bien público.

I. Introducción

Los recursos hídricos son indispensable para todas las formas de vida, y necesaria en grandes cantidades para casi todas las actividades humanas, ya que además de formar parte del medio ambiente, contribuyen a la producción de alimentos, energía, transporte, y abastecimiento del país. Sin embargo, es posible advertir alteraciones y deterioros permanentes sobre los cursos de agua producidos por las actividades humanas, motivo de preocupación para su estudio, protección y adecuado manejo.

En el marco de la crisis ambiental caracterizada por la degradación y escasez de los recursos naturales, entre ellos el agua, un recurso estratégico para la economía capitalista y el mantenimiento del monopolio del poder en el sistema global, proponemos en este trabajo caracterizar a esta crisis como un producto

* Recibido 09/05/2016 - Aprobado 08/08/2016.

** Abogada (UNC), Magister en Derecho Ambiental (IIFA), Diplomada en Integración Regional y Desarrollo Sustentable (OLAGI/ESCOLAGI), Doctorando en la IV Cohorte en Ciencias Políticas (CEA-UNC) con Beca Doctoral CONICET Tipo I, Directora Dra. Marta Juliá y con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba (FDyCS - UNC). Adscripta suplente en la materia Derecho Agrario y Minero Cátedra C, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Católica de Córdoba. Adscripta en el "Programa de Investigación Sudamericana, Comunicación, Derecho y Sociedad" del Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico abmculla@gmail.com.

de la lógica capitalista de acumulación irracional, que ha impuesto una forma determinada de relacionarse con la naturaleza llamado por David Harvey (2004) la “acumulación por desposesión”; y que en el caso del agua, se materializa a través de la privatización de este recurso por medio de estrategias políticas y económicas que se van afinando cada vez más, con una agenda global, a niveles nacionales.

El presente trabajo tiene como objetivo principal caracterizar, en su aspecto más general, el modelo de gobernanza del agua argentino, instalado a partir de los años noventa con la aplicación de la doctrina neoliberal (mercado, privatización, nueva gerencia pública). En la primera parte se analiza la estrecha relación, por un lado, la acumulación de la desposesión con los patrones del modelo neoliberal en la gestión de la provisión de agua y en el saneamiento; por otro lado, el papel que desempeñan los agentes y foros internacionales para su implementación. Luego, se analizan los discursos y modalidades de su gestión a través de la privatización de los servicios de provisión de agua, haciendo especial hincapié en el caso de Argentina. Finalmente, se elaboran una serie de reflexiones en torno a la nueva significación de la gestión de la provisión de agua, a través de la *re-estatización* y la *co-producción*, nuevas alternativas frente a la crisis del proceso de privatización en el mercado del agua.

II. Acumulación del agua es desposesión

La crisis ambiental se hace evidente en los años setenta, reflejándose en la irracionalidad ecológica de los patrones dominantes de producción y consumo, y marcando los límites del crecimiento económico. La degradación ambiental emerge del crecimiento y la globalización de la economía, como bien señala Enrique Leff:

“La naturaleza se levanta de su opresión y toma vida, revelándose a la producción de objetos muertos y a la cosificación del mundo. La sobreexplotación de los ecosistemas, que calladamente sostenían a los procesos productivos, ha desencadenado una fuerza destructiva, que en sus efectos cinéticos y acumulativos, genera los cambios globales que amenazan la estabilidad y sustentabilidad del planeta: la destrucción de la biodiversidad, el enrarecimiento de la capa estratosférica de ozono, el calentamiento global. El impacto de estos cambios ambientales en el orden ecológico y social del mundo, amenaza a la economía como un cáncer generalizado”¹.

En los últimos 40 años, “la problema ambiental ha irrumpido en el mundo como una crítica a la degradación ambiental generada por el crecimiento económico y en forma más generalizada por la racionalidad de la modernidad”²; cuestionando los paradigmas que han impulsado y legitimado el crecimiento económico y que han negado el papel de la naturaleza como la base de toda producción.

El proceso de globalización avanza re-significando y re-codificando la naturaleza en términos de valores económicos. “El modo de producción capitalista somete a la naturaleza a la lógica del mercado y a las normas de producción

¹ LEFF, ENRIQUE, *Saber ambiental*, Siglo XXI, México, 1998, p. 49.

² LEFF, ENRIQUE, *Discursos sustentables*, Siglo XXI, México, 2008.

de plusvalía, al tiempo que la potencialidad de la naturaleza, e incluso del ser humano, se convierten en objetos de mera apropiación económica”³.

Sin embargo, la acumulación y la concentración del capital ya no se basan tan sólo en la sobreexplotación de la naturaleza y de la mano de obra del tercer mundo, sino también en nuevas estrategias de apropiación capitalista de la naturaleza dentro de la nueva geopolítica del desarrollo sustentable, incluyendo la apropiación gratuita y la sustracción de los recursos genéticos, la subvalorización de los bienes naturales y servicios ambientales y el acceso subvencionado a hidrocarburos y recursos hídricos, por ejemplo.

Estas nuevas formas de apropiación y acumulación del capital es lo que Harvey define como “el uso de los métodos de la acumulación originaria para mantener el sistema capitalista, mercantilizando ámbitos hasta entonces cerrados al mercado”⁴. Pero, “mientras que la acumulación originaria supuso la implantación de un nuevo sistema, según la teoría marxista, al desplazar al feudalismo, la acumulación por desposesión tiene por objetivo mantener el sistema actual a través de mecanismos más sofisticados”⁵.

La acumulación por desposesión define los cambios neoliberales producidos en los países occidentales desde la década de los años ochenta hasta la actualidad, y que estarían guiados principalmente por cuatro prácticas: la privatización, la financiarización, la gestión y manipulación de las crisis y redistribuciones estatales de la renta. Estos cambios se manifiestan, entre otros, en la privatización de empresas, de los servicios públicos y de los recursos naturales, lo cual tiene su raíz en la privatización de la propiedad comunal, en palabras de Harvey: “(...) todas las características de la acumulación primitiva mencionadas por Marx han seguido presentes en la geografía histórica del capitalismo hasta el día de hoy”⁶.

Todo ello nos permite determinar que la acumulación por desposesión abarca tanto procesos que se asemejan a aquellos descritos por Marx en *El Capital*, como la destrucción y concentración de activos a través de la especulación financiera, la inflación y el crédito, el vaciamiento a través de fusiones, el endeudamiento que reduce a la servidumbre a poblaciones enteras o la apropiación privada de la tierra ahora a escala global. “Pero también, involucra nuevos mecanismos como la mercantilización y depredación de los bienes ambientales globales y la privatización de los activos públicos”⁷. Sin embargo, no se refiere sólo a bienes naturales sino también a aquellos bienes comunes sociales —como por ejemplo la provisión pública de ciertos servicios como el agua— que fueron privatizados en muchos países de la región, incluida Argentina.

Dicho en palabras de Taddei, “el concepto de acumulación por desposesión permite dar cuenta del renovado y ampliado proceso de mecanización (privatización) que caracteriza a las fase capitalista neoliberal”⁸.

³ LEFF, ENRIQUE (2008), ob. cit., p. 15.

⁴ HARVEY, DAVID, *El Nuevo imperialismo*, Ed. Akal, Madrid, 2004, citado en CASTRO, JOSÉ ESTEBAN, *Water, Power, and Citizenship. Social Struggle in the Basin of Mexico*, Palgrave-Macmillan, Houndmills, 2005, p. 203.

⁵ HARVEY, DAVID (2004), citado en CASTRO, JOSÉ ESTEBAN (2005), ob. cit., p. 203.

⁶ HARVEY, DAVID (2004), citado en CASTRO, JOSÉ ESTEBAN (2005), ob. cit., p. 203.

⁷ TADDEI, EMILIO - SEOANE JOSÉ - ALGRANATI CLARA, *Extractivismo, Despojo y Crisis Climática. Desafíos para los movimientos sociales y los proyectos emancipatorios de Nuestra América*, 1ª ed., Herramienta El Colectivo, Buenos Aires, 2013, p. 35.

⁸ TADDEI, E. - SEOANE, J. - ALGRANATI C., ob. cit., p. 112.

III. La gobernanza neoliberal de la provisión del agua

Hacia comienzos del siglo XX se había instalado en el mundo occidental desarrollado, y de forma creciente en los países de la periferia capitalista, un modelo de gobernabilidad muy centrado sobre la premisa de que el Estado debía asumir un rol ordenador y director del desarrollo social. En materia de agua y los servicios hídricos, “en la mayoría de las sociedades reposaba en el carácter público gratuito de este bien”⁹. Existía un consenso bastante generalizado según el cual los gobiernos eran responsables de proveer de agua potable y de saneamiento a sus poblaciones. Por ejemplo en Argentina en el año 1930 se había logrado otorgar cobertura total en la provisión de agua en la Capital Federal¹⁰. Este desarrollo tuvo su correlación, entre otros procesos, en la formación de burocracias estatales especializadas en la gestión del recurso y sus servicios, lo que John Dryzek denomina la tradición del *racionalismo administrativo*, “un matrimonio entre el conocimiento científico de los procesos físico-naturales involucrados en la gestión del agua y la profesionalización burocrática del Estado”¹¹.

Lo que nos muestra que a lo largo del siglo XX, “como resultado de un amplio consenso social, dominó la naturaleza pública del agua y los servicios hídricos y los enfoques de las políticas públicas estatales, e incluso, se reconocía la necesidad de subsidiarlo para garantizar la provisión de agua y saneamiento, decisivos para la salud pública”¹². Sin embargo, durante la década de los ochenta, este rol tradicional del Estado en garantizar el acceso universal a los servicios y bienes esenciales, pasa a ser muy cuestionado y transformado mediante las políticas de liberalización, desregulación y privatización.

Dentro de este marco, el interés del presente trabajo se centra, en su aspecto más general, en los cambios introducidos a partir de estas transformaciones en el campo de la gobernabilidad de los recursos hídricos y de los servicios de agua y saneamiento, y en particular, en las políticas de expansión de la participación privada en el sector que han privilegiado la acción de grandes monopolios privados en Argentina.

Desde este enfoque, “la gobernanza —o buen gobierno— implicó un conjunto de reformas institucionales basadas en la creencia que el despliegue del interés privado promoverá adecuadamente el interés público, es decir, se le entrega al mercado la gestión de la provisión de servicios e implementación de políticas con el argumento que las soluciones privadas a los problemas públicos tienen mejores resultados”¹³. Para ello, es necesario exponer a los organismos estatales a una competencia mayor con el mercado, con el fin de incrementar su eficacia y eficiencia, sustituyendo el modelo de gestión pública jerárquico-burocrático por una nueva gerencia pública, es decir, un modelo de gestión geren-

⁹ TADDEI, E. - SEOANE, J. - ALGRANATI C., ob. cit., p. 112.

¹⁰ AZPIAZU, DANIEL - ANDREA CATENAZZI, EMILIO A. - CRENZEL, NATALIA, Da Representação, Gustavo Forte, Karina Forcinito y Juan C. Marín, “Caso de Estudio Buenos Aires, Argentina”, en J. E. CASTRO, coord., *Barreras y condiciones para la participación de la empresa y el capital privados en los servicios de agua y saneamiento en Latinoamérica y África*, Universidad de Oxford, Oxford, 2003.

¹¹ DRYZEK, JOHN, *The Politics of the Earth. Environmental Discourses*, Oxford University Press, Oxford, 1997, citado en CASTRO, JOSÉ ESTEBAN, “Agua y gobernabilidad: entre la ideología neoliberal y la memoria histórica”, en *Cuadernos del Cendes*, año 22, N° 59, Tercera Época, mayo-agosto 2005, p. 5.

¹² TADDEI, E. - SEOANE, J. - ALGRANATI, C., ob. cit., p. 112.

¹³ ZURBRIGGEN, CRISTINA, “De la Gobernanza neoliberal a la gobernanza del bien público. Los servicios del agua en América Latina”, en *Revista Estado y Políticas Públicas*, N° 2, año 2014, p. 50.

cialista, donde el Estado tiene que dejar de ser un proveedor directo para pasar a ser un articulador, un mediador entre los actores de esa compleja matriz de provisión de servicios públicos.

Con estas ideas se pretendía responder a problemas reales del sector, como la falta de inversión, el escaso control en la calidad del agua y el problema de acceso al servicio por parte de las poblaciones más desfavorecidas. Desde esta perspectiva, “se pensaba que una lógica de gestión basada en una gobernanza de mercado lograría servicios más eficientes, de mejor calidad, reinvertiendo en infraestructura, evitando la *captura del Estado* por parte de los intereses privados, y llegando al mayor número de ciudadanos”¹⁴.

En este marco y siguiendo a Zurbriggen, advierte que las capacidades regulatorias del Estado se dirigen, fundamentalmente, a promover la actividad de los mercados, para lo cual es necesario establecer reglas claras de funcionamiento y regulaciones específicas. De esta manera, la tarea principal del Estado neoliberal “es regular y re-negociar los contratos con las empresas privadas ganadas en las licitaciones, apartándose de su rol central de ser agente del bien público de una comunidad y garantizar un acceso universal”¹⁵. Bajo estos principios, el mercado se transformó en el principal mecanismo de conducción y coordinación, relegando al Estado y a la sociedad.

Todo ello permite observar cambios significativos en el papel del Estado, cuya esfera de acción disminuyó, “teniendo lugar un incremento gradual de la participación del sector privado y las ONGs en provisión de bienes y servicios públicos”¹⁶. Asimismo, estos formatos de gobernanza impactaron fuertemente en la provisión de servicios de agua y saneamiento, aspecto necesario para comprender el alcance de las transformaciones y el modelo neoliberal.

En este sentido, siguiendo el análisis elaborado por el autor Esteban Castro puede decirse que “las transformaciones introducidas en el campo de la gestión de los recursos hídricos y de servicios públicos esenciales desde la década de los ochenta, especialmente mediante las políticas de desregulación, liberalización y privatización constituyen un intento por descentrar el sistema de gobernabilidad tradicionalmente fundado sobre la premisa del rol rector del Estado y re-centrarlo sobre la base de los principios del libre mercado”¹⁷. En otras palabras, esa re-formulación en el caso que nos ocupa ha conducido al abandono de las metas universalistas adoptadas desde fines del siglo XIX, y su reemplazo por valores de mercado donde “se intenta re-definir el estatus del agua transformando su carácter de bien público y derecho social universal en bien privado sujeto a las reglas del libre mercado”¹⁸.

IV. Los agentes e instrumentos jurídicos para implementar la gobernanza neoliberal del agua

Como hemos venido desarrollando, desde los años '80 los países de la región experimentaron una notoria transformación del rol del Estado con la pri-

¹⁴ FURLONG, KATHRYN, *Neoliberal Water Management: Trends, Limitations, Reformulations, environment and Society. Advances in Research*, 2010: 46-75, citado en ZURBRIGGEN, CRISTINA, ob. cit., p. 51.

¹⁵ ZURBRIGGEN, CRISTINA, ob. cit., p. 50.

¹⁶ ZURBRIGGEN, CRISTINA, ob. cit., p. 50.

¹⁷ CASTRO, JOSÉ ESTEBAN, ob. cit., p. 6.

¹⁸ CASTRO, JOSÉ ESTEBAN, ob. cit., p. 6.

vativación de los servicios de agua y saneamiento. En este proceso, el papel de la comunidad internacional, los organismos internacionales y diferentes foros internacionales recomendaron la gobernanza de mercado (neoliberal) como una herramienta alternativa para alcanzar la mejora sustantiva de la gestión en los servicios, fomentando alcanzar una gestión eficiente de este recurso con las instituciones gubernamentales como único actor, especialmente cuando las mismas carecen de una organización efectiva e instituciones fuertes, y con organismos tan permeados por las lógicas político-partidarias.

Por lo tanto, la presencia de alianzas público-privadas, incluyendo como socios participantes al sector privado y las agencias de cooperación internacional, que a través de sus expresiones, conceptos y recomendaciones condujeron a un importante proceso de privatización de los servicios públicos acompañado de una serie de normativas y conceptos para atraer la inversión privada extranjera como la forma más eficiente, eficaz y democrática para gestionar los servicios públicos del agua.

En este escenario, la expresión “crisis del agua” es la fórmula comúnmente utilizada para referirse al preocupante agotamiento de las fuentes hídricas de agua dulce. La difusión de este término en la última década guarda una estrecha relación con la creciente gravitación de los organismos internacionales, de las empresas transnacionales y los gobiernos de los países centrales en los asuntos mundiales del agua. Por lo cual, en palabras de Taddei, “existe una conceptualización hegemónica de esta expresión”¹⁹. Una primera cuestión que destaca el mencionado autor al respecto, “es la relación directa que se establece entre la actual escasez de agua y la creciente dificultad que tienen millones de personas en el acceso a la misma como resultante de la finitud del recurso”²⁰.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, la integralidad del problema del agua a nivel global (PIDHDD, 2008) pretende legitimar la idea de que todas y todos somos responsables en igual grado de la crisis, y por lo tanto, también en la búsqueda de soluciones. Para Taddei, “la invocación a la responsabilidad colectiva en la gestión del agua expresa justamente la pretensión hegemónica de *socializar* los daños causados por estos mismos agentes y culpabilizar el conjunto de la población mundial por la situación de agotamiento y contaminación acuífera”²¹. Tras la idea de una supuesta responsabilidad competida subyace la voluntad de impulsar un nuevo ciclo mercantilizador del agua como respuesta a la crisis.

Por último, identifica otra expresión hegemónica la *seguridad hídrica*, “orientada a legitimar la intervención de poderes externos en situaciones donde la propia capacidad de los Estados nacionales sea considerada insuficientes para resolver situaciones de crisis, concepto que se integra al renovado lenguaje de legitimar las prácticas de ocupación territorial que garanticen el control directo de los cursos naturales”²².

Otro punto clave es la promoción de los principios privatistas que tuvo lugar como resultado de la declaración adoptada en la Conferencia de las Nacio-

¹⁹ TADDEI, E. - SEOANE, J. - ALGRANATI, C., ob. cit., p. 111.

²⁰ Informe de Plataforma Interamericana de Derechos Humanos Democracia y Desarrollo (PIDHDD) del Año 2008 citado en TADDEI, E. - SEOANE, J. - ALGRANATI, C., ob. cit., p. 111.

²¹ TADDEI, E. - SEOANE, J. - ALGRANATI, C., ob. cit., p. 111.

²² TADDEI, E. - SEOANE, J. - ALGRANATI, C., ob. cit., p. 112.

nes Unidas para el Agua y el Medio Ambiente en Dublín (1992), constituyendo un punto ineludible en las políticas de mercantilización al definir al como un recurso finito en particular el cuarto principio adoptado en Dublín estableció que *“el agua tiene un valor económico en todos sus usos y debería ser reconocido como un bien económico”* (ONU, 1992).

Para Castro, “si bien el principio en sí contiene un alto grado de ambigüedad, es a partir de éste donde se han derivado conclusiones con consecuencias mucho más definitivas en relación con los cambios en el sistema de gobernabilidad del recurso y sus servicios, principalmente, al introducir los principios de racionalidad económica como una condición necesaria para resolver los graves problemas de gestión en el sector”²³.

Según el análisis elaborado por el autor, “el reconocimiento de que el agua tiene un valor económico no implica que el recurso (y por derivación sus servicios) deba ser conceptualizado como un bien económico, según la teoría económica que distingue entre bienes públicos y bienes económicos, donde los segundos son aquellos en los que resulta posible excluir de su consumo a quienes no pagan”²⁴. Por tanto, según Castro “hay un implícito —pero no muy sutil— desplazamiento de significados en esta operación”²⁵, como lo demuestra la siguiente interpretación del cuarto principio de Dublín:

Finalmente, en la declaración de Dublín [...] la retórica de los encuentros internacionales sobre la gestión de recursos hídricos reconoció que el agua es esencialmente un bien económico. [...] Esta no es una propuesta muy nueva. Los economistas interesados en la gestión de recursos hídricos han insistido por largo tiempo en la necesidad de reconocer que el agua es un bien económico y que no debe ser considerada como un bien «de importancia singular» sino más bien como un bien más entre todos los demás. [...] Si el agua es un bien económico, entonces debería ser posible gobernar su distribución por medio del mercado.²⁶

Con respecto al papel desempeñado por el Consejo Mundial del Agua (CMA) impulsor de los Foros Mundiales del Agua (FMA) que desde 1997 son organizados trimensual por este consorcio y agregan la palpitación de las grandes multinacionales del agua, de representantes gubernamentales, bancos y entidades financieras privadas, de organismos y consorcios y congregan la participación de las grandes multinacionales del agua, de representantes gubernamentales y bancos y entidades financieras privadas de organismos internacionales de créditos y de otros organismos internacionales del sistema de Naciones Unidas.

En este sentido, los acuerdos plasmados en las declaraciones finales dan cuenta de que es concepción mercantilizadora en relación al manejo de los asuntos mundiales del agua. La acción del CMA ha estado orientada a legitimar una concepción según la cual es necesario vincular el acceso al agua con el valor económico de la misma, tanto para el aprovechamiento de los recursos como para su gestión. En efecto, para Taddei “El cumplimiento de este mandamiento

²³ CASTRO, JOSÉ ESTEBAN, ob. cit., p. 7.

²⁴ CASTRO, JOSÉ ESTEBAN, ob. cit., p. 7.

²⁵ CASTRO, JOSÉ ESTEBAN, ob. cit., p. 7.

²⁶ LEE, TERENCE y JOURAVLEV ANDREI, *Prices, property and markets in water allocation* (LC/L 1097), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), Santiago de Chile, citado en CASTRO, JOSÉ ESTEBAN, ob. cit., p. 7.

neoliberal en la visión del CMA garantiza un aprovechamiento eficaz y equitativo y favorece la conservación y protección de los recursos hídricos”²⁷.

Por otra parte, la preocupación para asegurar el suministro de agua en América Latina plantea un importante reto tanto para las organizaciones internacionales como para los gobiernos de la región. De acuerdo con el Comité Técnico Asesor para América del Sur (SAMTAC) de la Asociación Mundial para el Agua (Global Water Partnership, GWP), que representa una red internacional abierta a todas las organizaciones involucradas en la gestión del agua, América Latina y el Caribe “deben esforzarse no sólo en mejorar el cuidado de este líquido sino también en crear nuevas leyes para la gestión de los recursos hídricos con el fin de evitar conflictos por la obtención de este líquido”²⁸.

De la misma forma, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), también impulsan diversas iniciativas y acciones orientadas a la gestión del agua en la agenda de los gobiernos latinoamericanos a través de la División de Recursos Naturales e Infraestructura. Siguiendo el reporte de la CEPAL, “todos los países de la región enfrentan desafíos constantes, lo que implica la necesidad de encontrar fórmulas de legislación y organización capaces de prevenir y solucionar los conflictos crecientes por el uso del agua y la ocurrencia de fenómenos naturales extremos”²⁹.

Como se ha señalado a lo largo del texto, resulta clara y explícita la recomendación de ciertos agentes de la comunidad internacional, foros internacionales e instrumentos jurídicos, como así también, la utilización de términos como *la crisis del agua* y *la necesidad de inversiones* para justificar los proyectos de empresas privadas en el exterior. La idea de que sólo el capital privado o las instituciones financieras internacionales como el FMI y el BM tienen la capacidad de cubrir la inversión en dinero y conocimientos, para superar tales crisis y necesidades y generar un abastecimiento eficiente, es promovida por los gobiernos nacionales y estos mismos organismos con la intención de otorgar financiamientos para el desarrollo más eficiente, eficaz y democrático para gestionar los servicios públicos, en este caso particular, del agua.

Hasta aquí destacamos los principales componentes en la estructura del gobierno del agua, que con la ayuda de instituciones supranacionales como el Banco Mundial y el FMI, pero también, con la colaboración esencial del Estado, van a cumplir un papel fundamental en las políticas hídricas orientadas a la privatización del agua, tanto a nivel global como a nivel nacional.

V. Las distintas facetas de la privatización de los servicios de provisión del agua

En los noventa América Latina fue un campo fértil para la experimentación de las políticas neoliberales. La mercantilización acuífera en nuestra región se expresó inicialmente a través del proceso de privatizaciones masivas de empresas públicas, de proliferación de concesiones, de contratos de arrendamiento

²⁷ TADDEI, E. - SEOANE, J. - ALGRANATI, C., ob. cit., p. 124.

²⁸ Comité Técnico Asesor para América del Sur, Asociación Mundial del Agua, Informes Nacionales, CEPAL, Santiago de Chile, 2005.

²⁹ NIETO, NUBIA, “La gestión del agua: tensiones globales y latinoamericanas”, en *Política y Cultura*, otoño 2011, N° 36, pp. 157-176. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n36/n36a7.pdf>.

o de gestión a favor de consorcios de capitales transicionales y nacionales que, con el consentimiento estatal, promovieron importantes aumentos tarifarios y eliminaron en muchos casos los sistemas de aprovisionamiento popular de agua.

Tal como se viene desarrollando a lo largo del presente artículo, la privatización del agua se promueve dentro de un discurso que plantea lograr un uso racional y una gestión eficiente del agua, haciendo que los usuarios paguen el costo real del suministro del recurso, inscribiéndose en la fase de globalización económica dentro de las estrategias de expansión del capital natural para absorber los bienes naturales comunes de la humanidad. Así, la apropiación capitalista de la naturaleza, que antes se había alimentado de naturaleza definiéndola como recurso natural, ahora intenta apropiarse de los ecosistemas del planeta y gobernarlos bajos los principios de la economía global y el poder supremo del mercado³⁰.

En tal contexto, el agua ha dejado de ser vida para convertirse en negocio, ha dejado de ser de todos, para pasar a ser de los más poderosos (Domínguez *et al.*, 2013). Leff explica este cambio radical de la siguiente manera:

El agua ha entrado a esta nueva fase ecológica del capital natural que engloba a los bienes y servicios ambientales del planeta, que implica pasar de la propiedad de lo que se produce, a la propiedad de las condiciones ecológicas de la producción, a la propiedad privada del planeta Tierra (...) es lo que habrá de ocasionar lo que hoy se propone como “gestión integral de la naturaleza” El planeta ya no habrá de girar regido por las leyes del universo y de la naturaleza, sino por los designios del mercado global³¹.

Asimismo, Leff advierte que la privatización del agua tiene distintas facetas, es decir, no se trata tan sólo de la privatización de los servicios domiciliarios del agua, también se hace presente en el suministro del agua para la irrigación de las tierras y la producción agrícola e industrial e incluso, en la “gestión global del agua”³², que implica la gestión de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas

En igual sentido, Silvia Ribeiro³³, también señala que la mercantilización de este bien común se expandió a nuevas ámbitos y esferas, agudizando los impactos socioambientales provocados por el saqueo del agua. De este modo, la autora Ribeiro identifica seis niveles o caras que asume la privatización del agua:

1. Privatización de los servicios de suministros de agua potable: En este caso operan a través y contratos de servicios múltiples, protegidas por nuevas legislaciones nacionales de agua, las empresas transnacionales se apropian de las redes de distribución y plantas purificadoras, fijando las condiciones de su acceso y tarifas a la población. La banda de los privatizadores del agua la lideran los gigantes del agua Suez y Vivendi (ahora Veolia), que controlan 70% del mercado mundial o dos tercios del mercado mundial de agua privatizada.

2. Privatización de los territorios y biorregiones: las empresas que comercian y/o necesitan masas de agua para sus actividades, van por la privatiza-

³⁰ LEFF, ENRIQUE (2008), ob. cit., p. 101, citado en DOMÍNGUEZ *et al.*, 2013.

³¹ LEFF, ENRIQUE, ob. cit., p. 102.

³² LEFF, ENRIQUE, ob. cit., p. 101, citado en DOMÍNGUEZ *et al.*, 2013.

³³ RIBEIRO, SILVIA, “Las caras de la privatización del agua”, en GROSSE, R. - SANTOS, C. - TAKS, J. - THIMMEL, S. (compiladores), *Las canillas abiertas de América Latina II. La lucha contra la privatización del agua y los desafíos de una gestión participativa y sustentable de los recursos hídricos*, Casa Bertolt Brecht, Montevideo, 2006.

ción de territorios y biorregiones enteras para garantizarse el uso monopólico del recurso.

3. Privatización por desviación de aguas: La construcción de megarepresas, hidrovías y desviación de ríos de sus cauces naturales para abastecer zonas de alto consumo industrial, agroindustrial y urbano, priva del recurso a millones de campesinos y pueblos indios, en muchos casos con desplazamientos que destruyen irreparablemente sus formas de vida, cultura y economías propias.

4. Privatización por contaminación: Los agentes principales son las industrias mineras, petroleras, papeleras, eléctricas, junto a la contaminación por agrotóxicos de la agricultura industrial y a otras industrias sucias, contaminan las fuentes de agua como efecto colateral, apropiándose de facto de un recurso que es de todos, al imposibilitar que otros las puedan usar.

5. Privatización por el embotellamiento de agua: Consiste en transformar agua en agua, que garantiza enormes ganancias en la comercialización. Esta modalidad de privatización del agua se ha extendido considerablemente en las últimas dos décadas y ha dado origen al término *cazadores de agua* para referirse a las cuatro grandes multinacionales que concentran la comercialización de distintos tipo de aguas embotelladas: Coca-Cola, Pepsico, Nestlé y Danone.

6. Monopolio de las tecnologías: Esta modalidad que remite al perverso discurso de las grandes empresas destructoras del recurso hídrico según el cual la necesidad de búsqueda de agua en napas cada vez más profundas y de purificación de la misma requiere de complejos procesos tecnológicos concentrados por esas mismas personas.

Como se puede observar del análisis esbozado, existen numerosas estrategias que han sido desplegadas para continuar con la desposesión de los recursos hídricos con menores ventajas económicas pero que tienen abundancia de recursos naturales en manos privadas. Estos “poderosos agentes transforman el carácter público y universalmente accesible del agua en un bien privado; cuyo acceso queda sujeto a negociación y la capacidad de pago por el mismo”³⁴.

VI. La privatización de la provisión y abastecimiento del agua en Argentina

Durante la década de los ‘90, Argentina atravesó una serie de profundas transformaciones estructurales, caracterizado por la conformación de un régimen de acumulación con una considerable y creciente fragmentación económica y social, “la consolidación hegemónica de un núcleo muy acotado de grandes conglomerados empresariales (locales como extranjeros)”³⁵.

Como hemos venido analizando, la provisión de agua potable no permaneció ajena a la estructura neoliberal privatizadora. “La celeridad con la que se encararon los distintos procesos de transferencia del servicio en diversas provincias, denota la adscripción de Argentina a las recomendaciones emanadas del Consenso de Washington”³⁶. En este marco, el mercado cobró un rol central en desmedro del sector público, “considerado como incapaz de proveer la infraes-

³⁴ KAY, SYLVIA - FRANCO, JENNIFER, *The global water grab: A primer*, Transnational Institute (TNI), Amsterdam, 2012.

³⁵ AZPIAZU, DANIEL - BONOFILIO, NICOLÁS . “La mercantilización del agua en Argentina”, *Revista Comercio exterior*, ISSN 0185-0601, Vol. 58, N° 1, México, 2008, pp. 41-55.

³⁶ AZPIAZU, DANIEL, ob. cit., pp. 41-55.

estructura necesaria para la población debido a su ineficacia intrínseca y la creciente corrupción”³⁷.

En esta nueva etapa resultaron primordiales los discursos de cambio en pos de una mayor liberalización del comercio internacional, la privatización de los servicios públicos tradicionalmente ligados al Estado y, particularmente, cambios en las leyes y reglamentaciones vinculadas al manejo del agua que van en línea con la consideración de que el agua es una simple mercancía. “Todo esto conllevó una modificación en la frontera de las tareas habitualmente asignadas al Estado y al mercado, y a que las empresas multinacionales encontraran en el agua, un nuevo negocio de interesante rentabilidad”³⁸. En el caso puntual del servicio de agua potable y saneamiento, “el proceso de entrega en concesión (generalmente por 30 años) estuvo signado por al menos dos de las características más prominentes que distinguieron el proceso de privatizaciones en el nivel nacional: su rapidez y su amplia propagación”³⁹.

En el caso de Argentina, el resultado de la mercantilización del agua y la total subordinación de los intereses sociales a los privados se reflejó en las prioridades políticas e institucionales del régimen de la presidencia del Dr. Carlos Menem. Así, la pretendida mejora en la calidad y en la micro medición del consumo, y el logro de avances significativos en la universalización del servicio se constituyeron, en ese entonces, “en los objetivos proclamados como prioritarios por las autoridades gubernamentales respectivas, al tiempo que se consideraba al capital privado (en particular, el extranjero) como el agente más idóneo para alcanzar esas metas”⁴⁰. Entre los socios de capital local (generalmente con participaciones minoritarias) respondiendo a los grandes grupos empresarios, donde se destacan entre otros Soldati, Sociedad Comercial del Plata, Benito Roggio e Hijos, Banco de Galicia.

En relación a las presiones del gobierno nacional y los organismos financieros internacionales (condicionamientos en cuanto a asignaciones presupuestarias y avales, otorgamiento de créditos, etc.), gran parte de las provincias argentinas decidieron privatizar las empresas públicas u organismos responsables de los principales sistemas en sus jurisdicciones. El alto acatamiento por parte de las provincias argentinas⁴¹, en relación al proceso de transferencia al capital privado de los servicios de agua potable y saneamiento se manifiesta en la cantidad de jurisdicciones que los privatizaron (13 de las 24 provincias en el país). Sin embargo, el dato significativo se refleja en la concesión de empresas con fines

³⁷ PESCE, JULIETA. *La concesión del servicio de agua potable al capital privado en la ciudad de Córdoba. Una experiencia conflictiva, 1997-2006*, en FLACSO Área de Economía y Tecnología Documento de Trabajo N° 19, 2008.

³⁸ PESCE, JULIETA, ob. cit., pp. 1-100.

³⁹ PESCE, JULIETA, ob. cit., pp. 1-100.

⁴⁰ PESCE, JULIETA, ob. cit., pp. 1-100. AZPIAZU, DANIEL, ob. cit., pp. 41-55.

⁴¹ En el caso de la provincia de Córdoba, la *ley de reforma administrativa* fue el marco legal para la transferencia de los servicios al menos hasta la sanción —por decreto provincial 529— del Marco Regulatorio específico para la prestación de servicios públicos de agua potable y desagües cloacales en marzo de 1994. Allí, se establecieron los lineamientos generales de la captación, potabilización, conservación, transporte, distribución y comercialización del agua para bebida e higiene de la población; y la recolección, conducción y tratamiento de las aguas servidas y líquidos residuales en general, excluidos los pluviales, y su vertido en cauces, cuerpos de agua u otro medio de disposición final (PESCE, 2008). Asimismo, se dispuso como autoridad de aplicación del marco regulatorio al DIPAS, ejerciendo el poder de policía respecto de su cumplimiento y controlando las tarifas fijadas por los titulares del servicio (Estado Provincial, municipios o comunas) (PESCE, 2008).

de lucro, excluyendo de las cooperativas y los municipios, para la prestación de servicios públicos.

A fines de 2001, producto de esta reestructuración, la mayor parte de la prestación de los servicios de agua potable y cloacas quedó a cargo de administradores privados, que conformaban el 57% del total de los entes operadores en el ámbito nacional (de los cuales casi el 49% correspondían al capital extranjero y apenas el 8% al nacional); quedando el 43% restante bajo la administración de operadores públicos (provinciales, municipales, uniones vecinales o sociedades estatales o anónimas de capital estatal, entre otros). Al respecto, “resultaba llamativo el nivel de concentración por parte de los inversores privados, ya que las principales concesiones fueron obtenidas por un acotado número de grupos económicos y empresas transnacionales”⁴².

Vale la pena decir que estas medidas fueron acompañadas por una serie de reglas legales y jurídicas que transformaron los marcos regulatorios hasta entonces vigentes con el objetivo de adaptarlas a los nuevos requerimientos del mercado. “Se consumaba así una verdadera contra-reforma normativa en el ámbito de los servicios públicos que pulverizó numerosos derechos sociales y democráticos conquistados durante décadas”⁴³. Sin embargo, la proliferación de normativas asociadas al tema de la formulación de marcos regulatorios tuvo como particularidad el alto grado de deficiencia, como ejemplos ilustrativos Azpiazu menciona los siguientes:

- En sólo dos casos (energía eléctrica y gas natural), las privatizaciones se efectivizaron a partir de la sanción de leyes específicas. En todos los restantes, se recurrió a decretos o resoluciones del Poder Ejecutivo que han facilitado la sistemática recurrencia a renegociaciones contractuales así como a la emergencia de ofertas, como por ejemplo el caso de la concesión de aguas y saneamiento;⁴⁴
- Las existencias de disposiciones jurídicas tendientes a preservar el carácter monopólico u oligopolio de las empresas privatizadas;
- La frecuente re-formulación de las normas establecidas con anterioridad a las licitaciones, en detrimento de la credibilidad pública del sistema regulatorio, la vulneración de derechos adquiridos por parte de los usuarios y consumidores e, incluso, la afectación de las propias arcas fiscales;
- La escasa —o casi nula, desconociendo las propias disposiciones del art. 42 de la Constitución Nacional— protección de los usuarios y consumidores frente al ejercicio de prácticas oligopólicas por parte de los consorcios adjudicatarios;
- La fijación de requisitos formalmente antimonopolios en los llamados a concurso;

⁴² PESCE, JULIETA, *ob. cit.*, pp. 1-100.

⁴³ TADDEI, E. - SEOANE, J. - ALGRANATI, C., *ob. cit.*, pp. 116-117.

⁴⁴ La concesión se adjudicó a aquel consorcio que ofreció una mayor rebaja de las tarifas vigentes. A los pocos meses, la empresa concesionaria —Aguas Argentinas S.A.— aduciendo pérdidas operativas, obtuvo un incremento tarifario de 13,5%. En los casos del correo postal y de los aeropuertos, la adjudicación se realizó en función del monto del canon ofrecido por los distintos consorcios. En ambos casos, una vez tales cánones no fueron abonados por las empresas concesionarias sin que mediaran las sanciones correspondientes.

- La total descoordinación entre las debilidades normativas vinculadas con la regulación de la propiedad de las empresas privatizadas y la legislación vigente de Defensa de la Competencia;
- El propio diseño de las agencias reguladoras que se asemeja a las recomendaciones internacionales en la materia;

Como ha señalado Azpiazu en su análisis, la regulación pública ha sido muy débil o inexistente si se considera su significativa incapacidad —cuando no falta de voluntad— para promover distintas medidas tendientes a introducir competencia, a cumplimentar con los propios preceptos normativos e, incluso, constitucionales⁴⁵, y a proteger a los usuarios y consumidores, mientras que “reveló una gran fortaleza para garantizar y potenciar el elevado poder de mercado que adquirieron, así como los ingentes beneficios que internalizaron, las firmas que tomaron a su cargo la prestación de los diferentes servicios públicos transferidos al ámbito privado durante la década pasada”⁴⁶.

Lo que muestra que más allá de que el programa de privatización desarrollado en la Argentina adolece de un sin número de falencias, “es claro el papel protagónico y decisivo del Estado Nacional para consolidar un modelo concentrador en lo económico y excluyente en lo social; funcional, en prácticamente todas sus instancias, a la acumulación y reproducción del capital de un muy acotado número de grandes actores económicos que ha pasado a ocupar un papel hegemónico y decisivo en la delimitación del futuro sendero evolutivo de la economía nacional”⁴⁷.

VII. De la crisis de la gobernanza neoliberal a nuevas modalidades para la gobernanza de la provisión del agua

Durante el desarrollo del presente trabajo hemos elaborado una reconstrucción del proceso de privatización en el mercado del agua, donde se puede observar que la principales características del modelo neoliberal de en la privatización de los servicios del agua. Sin embargo, y con el paso del tiempo, no pueden advertir que los resultados no fueron los esperados.

Con respecto de las multinacionales que tienen presencia en el mercado, por ejemplo, Suez y Vivendi (Veolia) y RWE-AG de Alemania, que ofrecen servicios de agua y tratamientos de aguas residuales a casi 300 millones de clientes en más de 100 países, no ha invertido en infraestructura y tecnología en América

⁴⁵ Como en lo que se refiere al art. 42 de la Constitución Nacional que establece que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho...a la protección de su salud, seguridad, e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

⁴⁶ AZPIAZU, DANIEL - FORCINITO, K., “Historia de un fracaso: la privatización del sistema de agua y saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires”, en AZPIAZU, D., CATENAZZI, A. y FORCINITO, K., *Recursos públicos, negocios privados. Agua potable y saneamiento ambiental en el AMBA*, Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines, 2004, p. 11.

⁴⁷ AZPIAZU, D. - FORCINITO, K., ob. cit., p. 11.

Latina⁴⁸. Según la Agencia Británica de Medio Ambiente, Suez, Vivendi, Thames Water (RWE), Wessex Water y la desaparecida Enron fueron clasificadas dentro de las cinco compañías más contaminantes del mundo en 1999, 2000 y 2001. En América Latina, Suez y Vivendi han sido responsables de innumerables daños ambientales. “Tan sólo en Buenos Aires, donde Suez controla el mercado, 95% de las aguas residuales fueron vertidas al Río de la Plata, causando serios daños ambientales que han sido asumidos tanto por su coste financiero como por su impacto social por el gobierno y la población argentina”⁴⁹.

En relación con los organismos competentes establecidos o los nuevos organismos reguladores mostraron al poco tiempo una fuerte debilidad para ejercer las funciones de conducción, coordinación y regulación. Es así que en diferentes evaluaciones realizadas se constatan las dificultades encontradas en los contratos de concesión de las grandes compañías internacionales. Ello debido a: falta de estudios previos de sustentabilidad y viabilidad en las inversiones, procedimientos licitatorios mal diseñados, contratos jurídicamente deficientes, débil capacidad de control de las compras y contratos de las compañías del sector, limitado acceso a la información y escasa rendición de cuentas. “Las sanciones fueron lentas e insuficientes y las renegociaciones de los contratos ineficientes, ya sea por problemas de asimetría de información o por captura del regulador o del mandante”⁵⁰.

En este sentido, en el caso de la Argentina en la provincia de Tucumán surgieron también fuertes protestas de los consumidores en 1995, cuando la empresa internacional aumentó las tarifas en un 106%. En este escenario, la debilidad del organismo regulador se expresa en que la propia autoridad política promovió el “no pago” de las facturas, lo que condujo al retiro de la empresa privada⁵¹. Al mismo tiempo, no sólo el problema se concentró en el aumento de tarifas sino que en provincias como Santa Fe, Córdoba y Buenos Aires estas empresas enfrentaron graves problemas financieros, proceso de renegociaciones e incumplimientos de los contratos. En 2006, los contratos fueron rescindidos y se transfirió el servicio a empresas públicas. “Las empresas reaccionaron recurriendo al arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) por lo que se generaron importantes litigios y deudas al Estado”⁵².

Es por todo ello que entendemos que la implementación de las políticas de privatización de los servicios públicos permitió que, hacia fines de los años noventa, un número significativo de países (entre ellos Argentina) contara con la presencia de importantes operadores internacionales en el sector. Sin embargo, los problemas de diseño e implementación que se plantearon para la regulación del servicio en manos privadas no solucionaron los problemas de la eficiencia y

⁴⁸ ENCISO, ANGÉLICA, “El agua, botín para transnacionales...”, *ob. cit.*, p. 4.

⁴⁹ Observación general 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto), vigésimo noveno período de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117, Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

⁵⁰ BID, 2007, OCDE, 2008; CEO, 2005; HALL *et al.*, 2005 citado en ZURBRIGGEN, CRISTINA, *ob. cit.*, p. 52.

⁵¹ En los años 1995 y 2005 respectivamente los contratos en Aguascalientes y Cancún en México sufrieron un fuerte revés, debido a las crisis económicas de la época. En el caso de las concesiones de Aguascalientes y Cancún, el Banco Nacional de México, Banobras, ayudó a los concesionarios privados a cubrir la deuda.

⁵² ZURBRIGGEN, CRISTINA, *ob. cit.*, p. 52.

calidad del agua, dándole una nueva significación a la gestión de agua a través de la *re-estatización* y la *co-producción*.

En la última década diferentes provincias de la Argentina, comenzó a surgir una proliferación de procesos de *re-estatización* de empresas prestadoras del servicio de agua y saneamiento. Los motivos que alentaron la re-estatización responden en gran medida al fracaso del modelo privatizador que primó en el país a lo largo de los años noventa. La gestión privada de un servicio básico como el agua potable y el saneamiento regida por la lógica mercantil provocó efectos fuertemente negativos en las poblaciones de bajos recursos y en el cuidado del medio ambiente. Esto se debe principalmente a la falta de rentabilidad que suponía la extensión del servicio en sectores que no podían asegurar el pago de la tarifa, y en el caso del medio ambiente, por la falta de interés por parte de la empresa privada en asumir las externalidades negativas del servicio (Tobías, 2014).

Para ilustrar este proceso de re-estatización, tomaremos el caso AySA. En el año 2006, y ante alarmantes niveles de incumplimiento por parte de la concesionaria (tanto de calidad como de expansión del servicio), el Estado Nacional Argentino decidió rescindir el contrato de concesión a la empresa privada Aguas Argentinas S.A. (AASA) y crear en su lugar mediante el decreto 304/2006 la empresa estatal Agua y Saneamientos S.A. (AySA), destinada a brindar agua y cloacas a gran parte del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)⁵³. Cabe destacar que la nueva empresa estatal reconoció la importancia del servicio dentro del paradigma del derecho humano al agua⁵⁴ y en consecuencia “se propuso como meta principal lograr la universalización del servicio de agua potable y desagües cloacales dentro del área de concesión”⁵⁵.

Otra nueva modalidad que va cobrando fuerza en varios países de la región, es la relevancia de la *co-producción*, como una resolución creativa de problemas y de metodologías de diseño en la resolución de problemas públicos. Estos enfoques critican los modelos de la *nueva gerencia pública* y plantean la necesidad de pensar nuevas formas de proveer servicios y políticas públicas centradas en el ciudadano. “Los conceptos de innovación social, co-producción y co-creación han sido adoptados como una estrategia prometedora para la provisión de servicios y políticas públicas”⁵⁶.

El concepto de *co-producción*⁵⁷ no es nuevo, se remonta a los años sesenta, con el aporte de Vicent y Elinor Ostrom para quienes los servicios públicos y las políticas eficaces dependen igualmente del conocimiento, los recursos y la motivación de los ciudadanos. En sus trabajos, Ostrom plantea la relevancia de la co-producción, entendida como la sinergia entre organismos gubernamentales

⁵³ El área de concesión de AySA comprende la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 17 municipios del conurbano bonaerense.

⁵⁴ El Derecho Humano al Agua (DHA) es un derecho internacionalmente reconocido que establece que toda persona tiene que poder “disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” (Observación N° 15, DESC).

⁵⁵ TOBIÁS, MELINA, “La re-estatización del servicio de agua y saneamiento y la gobernabilidad del agua en el Área Metropolitana de Buenos Aires”. Tesis de Maestría en Sociología Económica IDAES-UNSAM.

⁵⁶ ZURBRIGGEN, CRISTINA, ob. cit., p. 58.

⁵⁷ OSTROM, ELINOR, “Nested externalities and polycentric institutions: must we wait for global solutions to climate change before taking action at other scales?”, en *Economic Theory*, 49, 2, 2012, pp. 353-369.

y los ciudadanos para la producción de bienes públicos, superando una visión dicotómica entre Estado, Mercado y Sociedad. Co-producción refiere “al proceso mediante el cual los insumos utilizados para producir un bien o servicio son aportados por los individuos que no están ‘en’ la misma organización (...) que implica que los ciudadanos puedan desempeñar un papel activo en la producción de bienes públicos y servicios de importancia para ellos”⁵⁸.

Para Ostrom, el aprovechamiento del recurso debe ser rentable para la gente, y para su subsistencia. El liderazgo, la experiencia previa y los marcos de confianza y buena comunicación son elementos fundamentales para estos espacios de co-gobernanza. Pero al mismo tiempo, Ostrom señala que en “los acervos de recursos más grandes es preciso avanzar hacia una gobernanza policéntrica, con estructuras organizativas con múltiples centros relativamente independientes, donde los actores incluyen e interactúan entre sí en diferentes niveles de gobierno, creando las reglas formales o informales de funcionamiento, logrando de esta forma un mayor grado de adaptabilidad y robustez del sistema”⁵⁹. Por lo tanto, desde este enfoque, el agua es un bien común, propiedad colectiva de la comunidad, pudiendo llegar a ser utilizados por todos.

A partir del análisis general realizado surge de manera explícita que la introducción de los formatos de gobernanza de mercado, no tuvieron los resultados esperados en términos de calidad y democratización de los servicios, “teniendo impactos diferenciales de acuerdo a las capacidades político-institucionales, encontrándose límites en los países de renta baja, con débil institucionalización, problemas de ejecución y financiamiento y con graves déficits en la infraestructura de los servicios, agravándose aún más el acceso al agua a la población pobre y más vulnerable”⁶⁰. En consecuencia, “la privatización de los servicios de agua y saneamiento en América Latina fracasó en el logro de sus objetivos explícitos, como en la atracción de capitales privados para financiar la infraestructura, la extensión de los servicios a la población más carenciada e incrementar la eficiencia en la gestión”⁶¹.

En esta última década han surgido diferentes y novedosas alternativas para dejar a tras al viejo modelo neoliberal del abastecimiento del agua, planteando un cambio en la discusión y definición de los parámetros regulatorios que implementan los modelos de gobernanza del agua, basado notoriamente en garantizar de manera efectiva el derecho humano al acceso al agua potable a cada ciudadano. Es por todo ello, que independientemente de cualquiera de los emergentes modelo de gobernanza del agua que están surgiendo en los países de la región, resulta indiscutible que el Estado debe garantizar el acceso por igual a todos los actores de la sociedad, porque el agua es un bien público y un derecho ciudadano. Cualquier aporte innovador a los modelos de gobernanza de la provisión del agua, deben entenderse como una ruptura de la gobernanza neoliberal del agua.

⁵⁸ ZURBRIGGEN, CRISTINA, ob. cit., p 58.

⁵⁹ Concepto originalmente desarrollado para explicar la gestión del agua en áreas metropolitanas. Véase V. OSTROM, 1961, 1962. Citado en ZURBRIGGEN, CRISTINA, ob. cit., p. 58.

⁶⁰ ZURBRIGGEN, CRISTINA, ob. cit., p. 58.

⁶¹ CASTRO, JOSÉ ESTEBAN, ob. cit., p. 6.

VIII. Reflexiones finales

La escasez del agua es sin duda uno de los problemas centrales de este siglo tanto internacional, como nacional y localmente. El incremento de la población, el crecimiento industrial, la alteración en los ciclos del agua debido al cambio climático y la alteración en los ecosistemas, la ineficiente gestión pública y la falta de compromiso de la iniciativa privada en el manejo sustentable del agua. Así como, la falta de tecnología innovadora y serios programas educativos en materia del cuidado del agua, han agravado el problema de la escasez y el acceso al vital líquido no sólo en América Latina sino mundialmente. La crisis del agua es un problema global que afecta a todos los países, sin embargo, las naciones más pobres son las vulnerables, y cuyos costos sociales son los más severos.

Asimismo, la crisis no es sólo ambiental, sino también civilizatoria, que atenta contra la diversidad cultural y que acarrea la degradación de sociedades tradicionales y todo un conjunto de valoraciones acerca del agua de saberes relacionados a su manejo y uso que están siendo subsumidos por la lógica capitalista (Domínguez *et al.* 2013).

Durante varias décadas el pensamiento predominante para solucionar la crisis del agua fue dejar la gestión del agua a la iniciativa privada. En este sentido, “la Banca Mundial y el Fondo Monetario Institucional han apoyado la expansión del poderío de corporaciones multinacionales, presionando a los gobiernos de todo el mundo a privatizar su sistema de provisión de aguas como condición para obtener préstamos o reestructuraciones de sus deudas”⁶². Sin embargo, se ha observado recientemente que la gestión de las aguas en manos de empresas privadas tampoco ha contribuido mucho a solucionar el problema. Por el contrario, se está generando mayor desigualdad social en el acceso al agua potable y enormes daños ambientales, debido a que nada obliga a las empresas transnacionales a garantizar el suministro de agua a todos los sectores sociales, ni tampoco a impulsar proyectos de desarrollo sustentable en el cuidado del agua en los países donde se establecen.

América Latina, y en particular nuestro país, se encuentran frente a un nuevo reto que puede determinar su futuro y su nivel de desarrollo, “así como ante la oportunidad de poder cuidar de sus recursos naturales y desarrollar su propio modelo de desarrollo sustentable a partir de su contexto ambiental, histórico, étnico, político, social y económico”⁶³. Actualmente se plantea que la gestión del agua como recurso no esté concentrada en un sector único, sea público o privado, sino en la participación de todos los sectores políticos, sociales y económicos, para lo cual, previo es necesario fortalecer el rol de conducción del Estado como garante del bien público. Transitar de una gobernanza neoliberal a una gobernanza de lo público se convierte en un desafío y en una necesidad para los países de la región, que refiere a la construcción de una institucionalidad de lo público y permite avanzar hacia políticas de universalización en la dotación de agua y saneamiento.

⁶² NIETO, NUBIA, ob. cit., pp. 157-176.

⁶³ NIETO, NUBIA, ob. cit., pp. 157-176.

Bibliografía

AZPIAZU, DANIEL - FORCINITO, KARINA, "Historia de un fracaso: la privatización del sistema de agua y saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires", en AZPIAZU, D., CATENAZZI, A. y FORCINITO K., *Recursos públicos, negocios privados. Agua potable y saneamiento ambiental en el AMBA*, Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines, 2004, p. 11.

ANDREA CATENAZZI, EMILIO A. - CRENZEL, NATALIA, Da Representação, Gustavo Forte, Karina Forcinito y Juan C. Marín, "Caso de Estudio Buenos Aires, Argentina", en J. E. Castro, coord., *Barreras y condiciones para la participación de la empresa y el capital privados en los servicios de agua y saneamiento en Latinoamérica y África*, Universidad de Oxford, Oxford, 2003.

— (comp.) "Privatizaciones y poder económico. La consolidación de una sociedad excluyente", FLACSO/Universidad Nacional de Quilmes/IDEP, 2002.

— SCHORR, M., "Privatizaciones, rentas de privilegio, subordinación estatal y acumulación del capital en la Argentina contemporánea", Instituto de Estudios y Formación de la Central de los Trabajadores Argentinos, 2001 (a).

— Y otros: "El proceso de privatización en Argentina. La renegociación con las empresas privatizadas. Revisión contractual y supresión de privilegios y de rentas extraordinarias", FLACSO/Página 12/Universidad Nacional de Quilmes/IDEP, 2002.

CASTRO, JOSÉ ESTEBAN, *Water, Power, and Citizenship. Social Struggle in the Basin of Mexico. Basings-toke y New York*, Palgrave Macmillan, Houndmills, 2006.

— "Agua y gobernabilidad: entre la ideología neoliberal y la memoria histórica", en *Cuadernos del Cendes*, año 22, N° 59, Tercera Época, mayo-agosto 2005, p. 5.

— "Agua y Desarrollo en América Latina. Por una democracia sustantiva en la gestión del agua y sus servicios", *Cuadernos del Cendes*, CDC, v. 22, N° 59, Caracas, mayo de 2005.

DRYZEK, JOHN, *The Politics of the Earth. Environmental Discourses*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

FURLONG, KATHRYN, *Neoliberal Water Management: Trends, Limitations, Reformulations, environment and Society*. *Advances in Research* 1 (2010): 46-75.

GRUGEL J. - RIGGIROZZI P., *Post-neoliberalism in Latin America: Rebuilding and Reclaiming the State after Crisis*, *Development and Change* 43(1): 1-21, 2012.

HARVEY, DAVID, *El nuevo imperialismo*, Ed. Akal, Madrid, 2004.

KAY, SYLVIA - FRANCO, JENNIFER, *The global water grab: A primer*, Transnational Institute (TNI), Amsterdam, 2012.

LEFF, ENRIQUE, *Saber ambiental*, Siglo XXI, México, 1998.

— *Discursos sustentables*, Siglo XXI, México, 2008.

— *Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza*, Siglo XXI, México, 2004.

MARX, KARL (1842), "Debates sobre la ley castigando los robos de leña", en Marx, Carlos - Engels, Federico, *Obras Fundamentales*, Vol. 1, Marx. Escritos de Juventud, 1982, Fondo de Cultura Económica, México D. F., pp. 248-83.

NIETO, NUBIA, "La gestión del agua: tensiones globales y latinoamericanas", en *Política y Cultura*, otoño 2011, N° 36, pp. 157-176. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n36/n36a7.pdf>.

OSTROM, ELINOR, "Nested externalities and polycentric institutions: must we wait for global solutions to climate change before taking action at other scales?", en *Economic Theory*, 49, 2: 353-369, 2012.

— “Beyond Markets and States. Polycentric Governance of Complex Economic Systems”, en *American Economic Review*, 100: 1-33, 2010.

PESCE, JULIETA, *La concesión del servicio de agua potable al capital privado en la ciudad de Córdoba. Una experiencia conflictiva, 1997-2006*, en FLACSO Área de Economía y Tecnología Documento de Trabajo N° 19, 2008.

RIVEIRO, SILVIA, “Las caras de la privatización del agua”, en GROSSE, R. - SANTOS, C. - TAKS, J. - THIMMEL, S. (compiladores), *Las canillas abiertas de América Latina II. La lucha contra la privatización del agua y los desafíos de una gestión participativa y sustentable de los recursos hídricos*, Casa Bertolt Brecht, Montevideo, 2006.

TADDEI, EMILIO - SEOANE JOSÉ - ALGRANATI, CLARA, *Extractivismo, Despojo y Crisis Climática. Desafíos para los movimientos sociales y los proyectos emancipatorios de Nuestra América*, 1ª ed., Herramienta El Colectivo, Buenos Aires, 2013.

TOBIÁS, MELINA, *La re-estatización del servicio de agua y saneamiento y la gobernabilidad del agua en el Área Metropolitana de Buenos Aires*. Tesis de Maestría en Sociología Económica IDAES- UNSAM, 2014.

ZURBRIGGEN, CRISTINA, “De la Gobernanza neoliberal a la gobernanza del bien público. Los servicios del agua en América Latina”, en Revista *Estado y Políticas Públicas*, N° 2, 2014, pp. 47-64.

— “La ‘falacia tecnocrática’ y la reforma del Estado. A 10 años del informe del Banco Mundial”. *Nueva Sociedad*, N° 210, Buenos Aires, julio-agosto 2007, pp. 156-172.



TENENCIA DE DROGAS Y NARCOTRÁFICO EN LA CORTE SUPREMA. UNA LECTURA DESDE EL PARADIGMA DE LA COMPLEJIDAD*

María Isabel Urquiza** ***

Resumen: La Corte Suprema dio variadas respuestas a la compleja problemática del narcotráfico y de la tenencia de drogas. Asimismo, el Alto Tribunal construyó discursivamente, desde distintos modelos jurídicos, categorías desviantes. Las distintas conformaciones de la Corte en momentos socio-históricos diversos, pudieron contribuir a todo lo anterior; así como el protagonismo y liderazgo de determinados ministros.

A través del análisis de discurso de fallos clave del Máximo Tribunal, procuraré correr el velo del lenguaje explícito y mostrar las categorías desviantes y estigmatizantes construidas en dichas sentencias para resolver la oscilación permanente entre lo permitido y lo prohibido.

Palabras clave: narcotráfico - tenencia de drogas - Corte Suprema.

“El acto de inyectar heroína en una vena no es desviado en sí mismo. Si una enfermera administra drogas a un paciente siguiendo indicaciones de un médico, todo está perfectamente en orden. El acto se convierte en desviado cuando se hace en una forma que, públicamente, se considera indebida. El carácter desviado de un acto radica en la forma en que lo define la mentalidad pública”¹.

1. Introducción

En la antigüedad, el poder de nombrar y de rotular implicaba una de las máximas expresiones de poder. “Quien recibe un nombre, recibe un destino”, se decía entonces. En nuestros días, operadores jurídicos calificados, como los ministros de la Corte Suprema, también ejercen el poder de nombrar; ya que el derecho, en cuanto forma por excelencia del poder simbólico de nominación, crea aquello nombrado, a través de distintas máscaras.

Las problemáticas de la tenencia de drogas y del narcotráfico han sido abordadas desde distintas especialidades dogmáticas; en particular, en el derecho penal la literatura es abundante. El presente trabajo aborda dichas problemáticas desde el paradigma de la complejidad; interdisciplinar y multidimensionalmente, poniendo énfasis en los aportes de la sociolingüística a la episte-

* Recibido 10/05/2016 ~ Aprobado 18/08/2016.

** Agradezco la colaboración de los Ab. Sebastián Díaz Biale y Agustina Romo, así como de la estudiante Melisa Fabiana Suárez.

*** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Tesis doctoral calificada con diez sobresaliente. Profesora adjunta de Introducción al Derecho “A” con extensión a Sociología Jurídica “A” y a Seminario Interdisciplinario sobre Modelos Jurídicos y Minorías en la Corte Suprema, Facultad de Derecho, UNC.

¹ BECKER, HOWARD, *Sociological Work*, Allen Lane, London, 1971, p. 341.

mología del modelo jurídico multidimensional formulado por el Prof. Emérito Dr. Fernando Martínez Paz (1927-2008), quien fuera mi maestro².

2. Tenencia de drogas en la Corte

A lo largo de más de treinta años, en diversos fallos, el Alto Tribunal caracterizó a los tenedores de droga para uso personal, desde diversos modelos jurídicos y según la comprensión de la oscilación permitido - prohibido. Procuraré mostrar las distintas máscaras, expresiones fijas y a la vez ecos de sentimientos, construidas a lo largo de las últimas décadas desde las ideas de Erving Goffman (1922-1982). Asimismo, recurriré a análisis de discurso en los fallos seleccionados, compatible con la cosmovisión compleja y multidimensional de los fenómenos jurídicos.

2.1. Colavini (1978)³

La sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de primera instancia condenando a Ariel O. Colavini a dos años de prisión en suspenso y \$5.000 de multa, como autor del delito previsto en el art. 6º de la ley 20.771⁴. La Corte reproduce en el considerando 2º, mientras narrativiza⁵, la caracterización que hiciera dicha Cámara, respecto del acusado: "(...) *el toxicómano no será punible por serlo, sino por la acción cumplida para obtener la droga*". Se advierte aquí la categoría "*toxicómano*" que construye el tribunal de apelación, pero inmediatamente se unifica la sola tenencia con la obtención de la droga; lo cual implica implícitamente, acciones de peligrosidad que deben ser reprimidas. La Corte hace suya esta unificación, no diferenciando la sola tenencia con el tráfico. Así lo manifiesta en el considerando 11):

"11) Que todo el proceso (...) comienza por la producción y se clausura con la compra y la tenencia por el usuario".

¿En qué consiste este "*proceso*"? El Máximo Tribunal lo "*bosqueja*" en los considerandos 5º) a 7º), 9º), 13) y 15). En el considerando 5º) para caracterizar

² "El estudio del lenguaje en sus relaciones con la sociedad es el objeto de la sociolingüística y otro de los signos de la apertura de la ciencia jurídica y del derecho." MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, *Introducción al derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 386.

³ Fallos: 300:254. El 28 de marzo de 1978, la Corte se pronuncia sobre la causa "Colavini, Ariel O. s/ infracción ley 20.771 (Estupefacientes)". La sentencia es homogénea, como casi todos los fallos durante el período militar. En dieciocho considerandos votan unánimemente los ministros: Adolfo R. Gabrielli, Abelardo Francisco Rossi, Pedro José Frías y Emilio Miguel R. Daireaux. Ariel O. Colavini había sido detenido por una comisión policial mientras circulaba por la plaza "Los Aviadores", correspondiente a la localidad de la ciudad Jardín Lomas del Palomar, por haberse secuestrado entre sus ropas, dos cigarrillos que contenían, según determinó una pericia posterior, *cannabis linneo*, sustancia conocida como marihuana (Cfr. Capítulo I, primer párrafo del Dictamen del Procurador General Elías P. Guastavino).

⁴ La ley 20.771 fue publicada en el Boletín Oficial el 09/10/1974, bajo la presidencia de Martínez de Perón. En su artículo 6º establecía: *Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) y multa de cien (\$100.-) a cinco mil pesos (\$5.000.-) el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieren destinados a uso profesional*.

⁵ La narrativización, en cuanto estrategia típica de operación simbólica, procura legitimar discursivamente, tanto la caracterización como "toxicómano" de Ariel Colavini, como vincular el relato de lo pasado con el del presente que realiza la Corte; unificándolos a través de la estrategia de simbolización de unidad.

la unificación producción-compra-tenencia, se vale de las estrategias simbólicas de nominalización⁶ y contexto catástrofe⁷:

“5) Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual, de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asuelan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización”.

La primera categoría que expresa la Corte en este considerando, para caracterizar el proceso (producción-compra-tenencia) es la de *“calamidad social”*, inmediatamente a través de tropos, la compara con: *“las guerras que asuelan a la humanidad”* y con *“las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban”*. Seguidamente formula una nueva categoría, la de *“plaga”* con consecuencias en *“la práctica aniquilación de los individuos”* y en *“su gravitación en la moral y la economía de los pueblos”*⁸.

En el considerando 6º) agrega la categoría *“mal”*, continuando con las estrategias de sustitución y expurgación del otro, las que permiten construir un enemigo al que se lo va retratando progresivamente como maligno, dañino, amenazador, peligroso. En el siguiente considerando se agrega la categoría de *“azote”*; y en el considerando 9º), la expresión *“vicio”* reafirma la fuerte lectura moral y a la vez política que realiza la Corte. En el considerando 13) el Alto Tribunal diferencia y fragmenta la unificación producción-compra-tenencia, expresando la categoría *“tenedor de la droga prohibida”*. No sólo se manifiesta el poder simbólico a través de lo que se dice, sino también a través de lo que se calla, de

⁶ La cosificación, como modo de operar simbólico de la ideología, se manifiesta mediante diversas estrategias. Una de ellas es la nominalización, mediante ellas, las personas y sus acciones son consideradas como objetos, sustantivizándose. También los procesos se representan como cosas, sin tener en cuenta ningún actor o protagonista. En este sentido, se omiten referencias socio-históricas, diacrónicas y sincrónicas. El espacio se torna indefinido y el tiempo un continuum del presente, que se eterniza.

Cfr. THOMPSON, JOHN, *Ideología y cultura moderna. Teoría Crítica social en la era de la comunicación de masas*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2002.

Cfr. VAN DIJK, TEUN, *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*, Ariel, Barcelona, 2003; *El discurso como estructura y proceso*, Gedisa, Barcelona, 2006.A.; *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, Gedisa, Barcelona, 2006.B.

⁷ Cfr. VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE, *Enfermedades y accidentes laborales. Un análisis sociológico y jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992; *La construcción de representaciones sociales. Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*, Gedisa, Barcelona, 1997; “Las acciones de privación de identidad en la representación social de los pobres. Un análisis sociológico y lingüístico”, en *Discurso & Sociedad*, vol. 1 (1), 1999:55-104, Gedisa, Barcelona; “Condiciones de trabajo y representaciones sociales. El discurso político, el discurso judicial y la prensa escrita a la luz del análisis sociológico-lingüístico del discurso”, en *Discurso & Sociedad*, vol. 1 (1), 2007: 148-187. Disponible en: www.dissoc.org (10/01/2012).

⁸ Esta última consecuencia se puede advertir en: *“la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.”* Se advierten simbolismos de simulación, como el uso figurado del lenguaje para diferenciar la oposición temporal antes/ahora; la unificación de un amplio nosotros en *“la humanidad”* o en *“nuestra civilización”*, para oponerlo al enemigo que se explicita en la nominalización *“delincuencia común y subversiva”*. No se trata aquí sólo de convocar a un exponencial y unido nosotros; sino también y concomitantemente, de expurgar al enemigo interior: aquellos que quieren subvertir el orden social.

lo que no se nombra porque es prohibido. Por último, en el considerando 15) la expresión *“riesgo potencial”* refuerza las anteriores categorías y antecede a la explicitación del criterio juzgador del Máximo Tribunal en este caso: *“es lícita toda actividad estatal enderezada a evitarlo”*. Lo triste es que los considerados desviados en ese período, a los que se quería “enderezar”, sufrieron los efectos de “la licitud de la actividad estatal”⁹.

2.2. Bazterrica (1986)

Ocho años más tarde, la Corte resuelve un caso con características similares. Se trata de “Bazterrica, Gustavo M. s/ tenencia de estupefacientes”¹⁰. A diferencia del fallo de 1978, aquí la mayoría de los ministros del Alto Tribunal, no considera la tenencia como parte de un proceso que comienza con la producción de la droga. En los considerandos 10) y 11) caracteriza a los tenedores de droga.

En el considerando 10) último párrafo *in fine*, se refiere al *“comportamiento desviado de los sujetos”*, con lo cual implícitamente los considera “sujetos desviados”.

En el siguiente considerando del voto de la mayoría caracteriza al tenedor de estupefacientes como *“drogado”, “sujeto”, “individuo (...) estigmatizado como delincuente”, “adicto”*. En este sentido, en el segundo párrafo de este considerando, *in fine*, se afirma:

*“11) (...) Este individuo quedará estigmatizado como delincuente por la misma comunidad que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos, tendrá un antecedente penal que lo acompañará en el futuro y le obstaculizará posibles salidas laborales y la reinserción en la realidad que trataba de evadir (...)”*¹¹.

El voto del ministro Petracchi ordena su voto en veintisiete considerandos. Distingue la problemática de la droga de los simples tenedores. Al fenómeno de la

⁹ El modelo jurídico dominante en este fallo es el positivista o unidimensional, modelo aristocrático y decimonónico, que se centra en la norma y se aleja de la ética y de la realidad social; que concentra el poder en el Estado y en su producción, como es el caso de las sentencias judiciales, era vivido como un dispensador de certezas que se reproducían socialmente en forma dogmática.

“El positivismo jurídico, al separar el ser del deber ser impide el conocimiento de la vida real del derecho y dentro de ésta, la interacción entre la jurisprudencia y la doctrina donde el conocimiento y la voluntad colaboran íntimamente para satisfacer a la vez, en la medida de lo posible, las necesidades de seguridad y de equidad”. VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE (1992), ob. cit., p. 187.

¹⁰ Fallos: 308:1412. La sentencia en el caso Bazterrica es de contenido heterogéneo. Los ministros que elaboraron el voto mayoritario fueron Augusto César Belluscio y Jorge Antonio Bacqué. Enrique Petracchi apoya el voto mayoritario, pero vota bajo la modalidad “según su voto”, ya que difiere en los fundamentos, conformando así una minoría nómica implícita. El presidente de la Corte, José Severo Caballero, y Carlos Santiago Fayt votan en disidencia. En la misma fecha, la Corte resuelve en el mismo sentido, otro caso con características similares. Se trata de “Capalbo, Alejandro Carlos”. Fallos: 308:1392.

¹¹ Llama la atención el tomo profético en el discurso de la mayoría; lo cual muestra no sólo cuál sería el futuro del Sr. Bazterrica en el caso de que se lo condenase; sino también como se auto-representa la Corte. No le bastó el acto de poder de sentenciar, debía profetizar.

“La eficacia de todos los actos de magia social, de los que la sanción jurídica representa la forma canónica, no puede operar sino en la medida en que la fuerza propiamente simbólica de la legitimación, o mejor, de naturalización (lo natural siendo lo que no presenta cuestión acerca de su legitimidad) recubre y redobla la fuerza histórica inmanente que la autoridad y la autorización de esos actos refuerza o libera”. BOURDIEU, PIERRE - TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setián Ravina, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p. 200.

droga lo caracteriza en el considerando 5º), tercer párrafo, como: “**problema temible**” y “**lacra**”. Asimismo, diferencia a los “**adictos**” de los “**simples tenedores de estupefacientes para uso personal**”, en el considerando 16), último párrafo:

“16) (...) Según surge de lo reseñado, parece ser que, con relación a los adictos y simples tenedores de estupefacientes para uso personal, el encarcelamiento carece de razonabilidad y puede representarles un ulterior estigma que facilite su adhesión a modelos de vida criminal y a la realización de conductas desviadas en lugar de fortalecer su readaptación a la vida productiva. En tales condiciones, la sanción penal per se es inútil y, por lo mismo, irrazonable”¹².

Se advierte la influencia del enfoque de la reacción social postulado por Edwin Lemert (1912-1996), Howard Saul Becker (n. 1928), entre otros. Estos autores muestran el poder que tienen las agencias de control social ante un primer acto desviado, sus repercusiones serían tales que la persona comenzaría a considerarse desviado y continuaría realizando cada vez más ese acto. Asimismo, están presentes las ideas de Erving Goffman (1922-1982) acerca del estigma¹³; para quien, el individuo estigmatizado presenta a los otros un yo precario, sujeto al abuso y al descrédito. En este sentido, se define a sí mismo como igual a cualquier persona; pero al mismo tiempo, tanto por él mismo como por los otros, es definido como un individuo marginal.

Más adelante, el ministro Petracchi, en el considerando 18) utiliza las expresiones “**consumidor**” y “**simples consumidores**”, para referirse al o a los tenedores de droga para uso personal.

A diferencia del voto de la mayoría y el de Petracchi, la minoría integrada por Caballero y Fayt integra su voto en diecinueve considerandos. En forma similar al fallo Colavini, considera el proceso elaboración-comercialización-tenencia de la droga. En los considerandos 8º), 9º), 11) y 18) denomina a este proceso respectivamente como “**mal que afecta a todos los pueblos**”, “**flagelo social**”¹⁴, “**uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana**”¹⁵, “**problema temible y desgarrador**”. Remarco que tanto la primera como la penúltima categorías ya estaban presentes en el texto de 1978, Colavini.

Asimismo, en el considerando 18), primer párrafo *in fine*, la minoría afirma:

“18) (...) En otras palabras, la tenencia voluntaria de sustancias estupefacientes, cualquiera sea su finalidad, constituye una manera de mantener el riesgo creado por aquél que las elaboró o introdujo”¹⁶.

¹² Se aclara que en la transcripción anterior, lo que aparece en letra normal, en el original está en bastardilla. Esta bastardilla opera como un tonificador del argumento vertido. Asimismo, para fortalecer dicho argumento, el juez se vale también de la estrategia de racionalización, no sólo para persuadir, sino para mostrar que es digno de apoyo y legitimación.

¹³ “En la actualidad, la palabra (estigma) es ampliamente utilizada con un sentido bastante parecido al original (signos corporales con los cuales se intentaba exhibir algo malo y poco habitual en el status moral de quien los presentaba), pero con ella se designa preferentemente al mal en sí mismo y no a sus manifestaciones corporales”. GOFFMAN, ERVING, *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu, Buenos Aires, 2006, p. 11.

¹⁴ Este tropo ya aparece en el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañara el proyecto elaborado sobre la materia y que luego fuera sancionado con modificaciones por el Congreso en 1974, como ley 20.771.

¹⁵ Este tropo ya figura en las discusiones parlamentarias de la ley 20.771, según Diario de Sesiones, septiembre 26-27 de 1974, p. 2438.

¹⁶ El uso simbólico de la unidad contribuye a mantener la tensión del riesgo en un permanente contexto catástrofe.

Más adelante, en el segundo párrafo del mismo considerando los ministros expresan:

“18) (...) Sobre este aspecto corresponde poner nuevamente el acento en que no se pena el consumo como hábito que pueda revelar una personalidad débil o dependiente porque este acto mismo queda reservado a la esfera de intimidad del art. 19 de la Const. Nacional, ni tampoco se lo pena por la autolesión en que el consumo pueda en definitiva resultar. Las figuras de la ley 20.771 no tutelan la integridad personal, sino la salud pública”

El peligro al que se refieren enfáticamente se racionaliza mediante la tutela de la salud pública. Esta minoría estaba conformada por el presidente de la Corte, que representaba a la Corte misma; pese a ello, queda arrinconado en la disidencia. La pugna de poder entre los ministros es fuerte así como la individualidad de Petracchi, que pese a compartir la decisión mayoritaria vota solo. Las concepciones de lo permitido y prohibido corresponden a la afinidad con diversos modelos jurídicos. Indudablemente, la minoría muestra cercanía con el modelo jurídico unidimensional, como también ocurrió en Colavini, años atrás.

La mayoría eligió modelos de mayor apertura a otras dimensiones. Los jueces Belluscio y Bacqué, que redactaron el voto de la mayoría, refleja ideas características del modelo jurídico tridimensional, el cual considera al derecho como una unidad inescindible entre hecho, norma y valor, estudiados pluridisciplinariamente por la sociología jurídica, la ciencia jurídica y la filosofía jurídica. En cambio, Petracchi muestra mayor apertura y su voto es más cercano al modelo jurídico multidimensional. Para este modelo el derecho es entendido como fenómeno jurídico y como mundo jurídico multidimensionales, estudiado interdisciplinariamente.

2.3. Montalvo (1990)

El 11 de diciembre de 1990, la Corte se pronuncia en “Montalvo, Ernesto Alfredo p. s. a. inf. ley 20.771”¹⁷, en un fallo dividido. La mayoría de los integrantes del Máximo Tribunal, en veintisiete considerandos, rechaza la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 y del art. 14, segunda parte, de la ley 23.737 y confirma la sentencia apelada¹⁸. Retoma el criterio de Colavini¹⁹, por el que se

¹⁷ Fallos: 313:1333. La conformación del Máximo Tribunal había cambiado, ya que ese mismo año se había ampliado el número de integrantes a nueve ministros: la mayoría estaba conformada por Ricardo Levene (h), Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra, Julio S. Nazareno, Julio Oyhanarte, Eduardo Moliné O'Connor y Carlos Santiago Fayt. Este último ministro, si bien apoyó la decisión mayoritaria, votó solo bajo la modalidad de “según su voto”. Hubo dos disidencias, las de Augusto César Belluscio y de Enrique Santiago Petracchi.

¹⁸ La ley 23.737 (año 1989), en su art. 14 establece: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes”.

“La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

En 1991, por decreto 722/1991, en el Anexo I se detallan los estupefacientes que serán considerados como tales en los términos de la ley 23.737.

En 2005, por resolución SE.DRO.NAR. 1463/2005, se creó una comisión técnica permanente que elaboró un informe y se propuso incorporar al Anexo I del decreto 711/1991, nuevas sustancias químicas, actualizando el listado del citado Anexo. Por lo que, años más tarde, en 2010, por decreto 299/2010, se actualiza la lista de estupefacientes y demás sustancias químicas para ser incluidas en los alcances de la ley 23.737. Este listado, en 2016, está desactualizado.

¹⁹ En el considerando 6° del voto mayoritario de Montalvo, para retomar el criterio establecido en Colavini, en 1978, se refiere a otros fallos en los que se adoptó un criterio similar. Estos son:

considera el proceso fabricación-comercialización-tenencia como una unidad. Las calificaciones que utiliza para nombrar al tenedor de droga para uso personal, son similares a las usadas en 1978:

- En el considerando 6° de voto mayoritario se refiere a *“uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana”*, expresiones ya vertidas en el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, el 19 de septiembre de 1974, en la p. 2871. Cabe reflexionar acerca del alcance de volcar en una sentencia de la Corte, lo que se dijo en el calor de una discusión parlamentaria, en un lenguaje político, no judicial; además que aquello dicho en 1974, se reproduce en 1990, en un contexto completamente diverso tanto social como jurídico²⁰. En 1974, no fue dicho para sentenciar a alguien en concreto, ahora sí.

- La mayoría, en el considerando 16) afirma:

“16) Que, por tanto, no es la cantidad lo que debe ponderarse, sino la naturaleza y efectos de los estupefacientes, máxime que el legislador no pudo dejar de tener en cuenta que, por lo general, el tenedor, para comprar la droga, oficia de traficante y éste lleva consigo cantidades pequeñas para pasar por consumidor, con lo cual se asegura su propio abastecimiento, y después, al ser detenido, declara que la droga es para uso personal y así la relación entre el tenedor y el traficante se consolida y hasta lo hace aparecer como ‘víctima del mal’ cuando ello es sólo parcialmente cierto. Se advierte así que la teoría de la ‘insignificancia’ —sostenida a veces por doctrinarios y sustento de algunos pronunciamientos judiciales— atenta contra el verdadero fin querido por el legislador: proteger a la comunidad del flagelo de la droga y terminar con el traficante”

En este considerando transcripto se pueden apreciar categorías construidas para rotular a los poseedores de droga para uso personal: *“el tenedor, para comprar la droga, oficia de traficante”* y *“flagelo de la droga”*. Esta última expresión ya aparecía en el voto minoritario de Bazterrica, como se mostró *ut supra*. Asimismo, puede advertirse que en forma velada descalifica a la Corte anterior al referirse a la llamada teoría de la insignificancia y considerarla *“sustento de algunos pronunciamientos judiciales”*.

- En el considerando 22) se reproducen textos extraídos del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, correspondientes al debate previo a la sanción de la ley 23.737. En la parte final de este considerando se reproduce:

“22) (...) ‘son tremendas las consecuencias de esta plaga tanto en lo que se refiere a la práctica aniquilación del individuo como a su gravitación en la moral

- Roldán (Fallos: 301:673), sentencia del año 1979. Se establece que el alcance del art. 6° de la ley 20.771, diciendo que *“su letra y espíritu trascienden los límites del derecho a la intimidad, por lo que es lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal, salvo obviamente, las destinadas a un empleo legítimo justificado por la medicina”*.

- Valerio (Fallos: 302:1205), del año 1981. La Corte sostuvo que *“el art. 6° de la ley 20.771, en cuanto sanciona una conducta de las denominadas de ‘peligro abstracto’, encuentra su fundamento constitucional en que, una vez determinada por los poderes públicos la potencialidad dañosa de determinadas sustancias respecto de la salud pública, su tenencia constituye una acción que trasciende la intimidad, susceptible de ser castigada”*.

- Jury (Fallos: 304:1678), sentencia del año 1982.

- Maldonado (Fallos: 305:137), sentencia del año 1983.

²⁰ Llama poderosamente la atención que luego de una declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema en cuanto intérprete último de la Constitución Nacional, se dictara una nueva ley con contenidos similares a la anterior.

y economía de los pueblos, traducidas en la delincuencia común y subversiva, la incapacidad para realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia que es la base fundamental de nuestra civilización... Hay quienes piensan que somos libres de envenenarnos como nos place y que por consiguiente todo esfuerzo que haga la sociedad para impedir a un toxicómano que se entregue a su vicio constituye un atentado contra la libertad individual. Se trata de una idea insostenible en una sociedad moderna, pues el toxicómano no sólo se destruye a sí mismo sino que al hacerlo así causa perjuicio a quienes lo rodean' (Diario de Sesiones del 8 de marzo de 1989, p. 7781)".

Aquí, las expresiones para referirse al poseedor de droga para uso personal son: "*esta plaga*", "*toxicómano*", "*vicio*". La primera y última ya aparecen en Colavini. En particular "toxicómano está asociado a "vicio", y por ello veladamente a considerárselo vicioso. Lo que llama poderosamente la atención es la alusión a la "*delincuencia común y subversiva*" como consecuencia de la "plaga" de la droga. Textualmente estaba en Colavini, pero en 1978, en pleno período militar tiene un impacto significativamente diverso a decirlo en un recinto legislativo en 1989, en plena efervescencia democrática y que además se cite en 1990 por una Corte democrática, que hace suyas estas palabras.

El ministro Fayt, apoya a la mayoría con fundamentos que remite a sus votos disidentes en los fallos Bazterrica y Capalbo. Belluscio vota en disidencia y también remite a su voto mayoritario en el caso Bazterrica.

Petracchi vota en disidencia, pero mantiene sus argumentos ya vertidos en Bazterrica y Capalbo, pero realiza nuevas precisiones para contestar a la mayoría en este caso, tal como podemos advertir en el considerando 8) de su voto disidente:

"8) (...) la reiterada alegación —por parte de los partidarios de la incriminación de la mera tenencia de droga para uso personal— sobre las características 'peligrosas' que presentaría el drogadicto, hace necesario subrayar un doble orden de consideraciones sobre el punto: a) que es aventurado calificar como 'drogadicta' a una persona que se le encuentra una cantidad de estupefacientes destinada al uso personal; b) que no es conciliable con los principios básicos de nuestra Constitución, establecer un sistema represivo que formule tipos penales que no estén fundados en la descripción de conductas punibles, sino en características personales, como lo sería, obviamente, la calidad de drogadicto. Un derecho penal, centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas, abriría el camino a la arbitrariedad estatal al punir a categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas".

Considero claves las precisiones vertidas por Petracchi, ya que no puede considerarse drogadicto al simple tenedor de droga para uso personal. Asimismo, surge el interrogante: la Corte, al construir todas las categorías que vengo mostrando, ¿juzga por los hechos o por las características personales atribuidas a los poseedores de droga para uso personal? ²¹.

²¹ El modelo jurídico unidimensional aparece en los contenidos de los votos de los ministros que redactaron el voto mayoritario, pero también en Fayt que apoyó este voto mediante la modalidad "según su voto". En cambio, Belluscio, al remitir al voto mayoritario de Bazterrica, remarca su afinidad al modelo jurídico tridimensional. Petracchi, al disentir y remitir a su voto en Bazterrica y al mismo tiempo, al realizar precisiones como las que transcribí *ut supra*; muestra una profunda cercanía al modelo jurídico multidimensional al mostrar especialmente fidelidad al núcleo no negociable plasmado en los principios básicos de la Constitución.

2.4. Arriola (2009)

El 25 de agosto de 2009, la Corte dicta sentencia en “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Ace- do, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Corte- jarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”²².

La Corte Suprema, en decisión rubricada por todos su integrantes, decla- ró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 que tipifi- ca el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, ya que consi- deró que conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, al invadir la esfera de la intimidad y libertad personal, excluida de la autoridad de los órganos estatales. Decidió afianzar la respuesta constitucional dada en Bazterrica, veintitres años atrás. Respecto de Montalvo, respuesta dada por el Alto Tribunal en 1990, consi- deró que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba, habían fracasado. La actividad criminal, lejos de haber disminuido, se había acrecenta- do notablemente; todo ello pese a haber interpretado los derechos individuales restrictivamente²³.

El considerando 23) aplica el principio *pro homine* o pro persona, que se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por los tratados de derechos humanos con rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994:

“23) Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio ‘pro homine’. De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, éstas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéu- tica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental com- prometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio ‘pro homine’ resulta más compatible con la posición de la Corte en ‘Bazterrica’ que en ‘Montalvo’, pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpre- tación restrictiva”.

Continúa el despliegue de estrategias de legitimación. En este sentido, cabe señalar que la expresión “*pro homine*”, no sólo aparece entrecomillada, sino subrayada en dos oportunidades. El doble refuerzo visual fortalece, jerarquiza y legitima la aplicación de este principio. Asimismo, la Corte especifica la regla de utilización de éste; e inmediatamente lo explica a través de un ejemplo, faci- litando la comprensión y resolviendo la posible incerteza respecto al criterio de aplicación del mismo. Al final del párrafo, la expresión auto-inmunizante “*no hay dudas*”, procura cerrar la diferencia de criterios al resolver casos semejantes, décadas atrás.

Las categorías “*consumidores de droga*”, “*adictos*”, “*víctimas más visi- bles*”, aparecen en el considerando 19) segundo párrafo:

²² Fallos: 332:1963. El fallo fue firmado por todos los ministros de la Corte, pero sólo fue redactado por dos: Elena Highton de Nolasco y por Juan Carlos Maqueda. Ricardo Lorenzetti, Carlos Santiago Fayt, Enrique Petracchi, Eugenio Raúl Zaffaroni y Carmen María Argibay votaron individualmente, dando cada uno fundamentos por separado, bajo la modalidad “según su voto”. La decisión es apa- rentemente homogénea, pero con minorías encubiertas; todo ello muestra las dificultades al procurar consensuar la sentencia.

²³ Cfr. considerando 14), segundo párrafo.

“19) (...) No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduce en una revictimización.”

Obsérvese que aquí aparece nuevamente la expresión *“flagelo”*, expresión constante en todos los fallos anteriores. Sin embargo, aquí no es para etiquetar al poseedor de droga para uso personal, sino para referirse a *“las bandas criminales del narcotráfico”*. Además, estas bandas victimizan tanto al poseedor como a sus familias, en especial cuando éstos *“se transforman en adictos”*. De modo que tampoco equipara al poseedor con el adicto e incluye a sus familias en la victimización. Y si el Estado castiga al consumidor (tenedor o adicto), lo revictimiza. La nominalización del verbo victimizar acentúa todavía más la expresión revictimización.

Sin embargo, aún permanece flotando en el ambiente el temor de que si se despenaliza la tenencia para uso personal, podría favorecer el consumo. La aclaración entrecomillada y subrayada, que realiza la Corte en el considerando 27) así lo muestra:

*“27) Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica ‘legalizar la droga.’ No está de más aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas (Ordoñez-Solís David, ‘Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación,’ en *European Journal of legal Studies*, vol. 1 EJLS, n° 2)”²⁴.*

Entre los demás ministros, quienes votaron con la modalidad “según su voto”, se destacan los votos de Fayt y Zaffaroni. Respecto del primero, en treinta considerandos presentó sus fundamentos; destacándose el quinto párrafo del considerando 18):

“18) (...) Más allá de la opinión que merezca el plan de vida de cada individuo, no puede afirmarse sin más que una norma como la que aquí se impugna que compele al sujeto involucrado a transitar el estigmatizante camino del proceso penal, no aumentaría el daño que seguramente ya padece así como la afectación

²⁴ Estas ideas se refuerzan asimismo, en el considerando 36), segundo párrafo *in fine*: *“36) (...) II. Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de estado contra el tráfico ilícito de estupefaciente y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país (...)”*.

La sentencia es exhortativa, acorde a los parámetros del neoconstitucionalismo y al papel activo que adjudica a los jueces.

“De este modo, la primera exigencia que se le plantea al juez, a quien ejerce el poder judicial, es que entienda lo que dice y, ya en segundo lugar, se le demanda que explique la razón de ser de las decisiones judiciales, pues en nuestra época, también es necesario que se acepten los mandatos y se requiere, por tanto, que se argumente por qué la decisión se adopta en un sentido determinado. Al respecto puede sostenerse como un signo de nuestro tiempo, tal como indican Viola y Zaccaria, que ‘el derecho es una tarea que consiste en inocular razonabilidad al ejercicio de la autoridad’”. ORDÓÑEZ-SOLÍS, DAVID, “Los jueces europeos en una sociedad global: poder, lenguaje y argumentación”, en *European Journal of Legal Studies; Judging Judges: Autumn/Winter 2007*, vol. 1, EJLS, N° 2. Disponible en: http://ec.europa.eu/spain/pdf/team_europe/articulo_team_europe_ordonez_es.pdf (28/09/2015).

a su dignidad. Ello por cuanto —como en cualquier otra causa en la que se investiga un delito— el acusado debe atravesar un iter necesariamente restrictivo de sus derechos que implica, entre otras cosas: ser detenido, verse enfrentado a jueces y fiscales, ser llamado a declaración indagatoria y, sobre todo, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertidumbre propia que genera el encontrarse sometido a la justicia criminal, amén de la mácula que, en su caso, lo signará a futuro”²⁵.

En este párrafo se advierte una fuerte coincidencia con el voto de Petracchi de 1986. Asimismo, se destacan los tropos respecto del estigma, reforzado al final por la expresión metafórica “*mácula*”²⁶. Un aspecto del estigma consiste en la situación vital de estigmatizado, como lo señalara Erving Goffman, que al tener conciencia de su inferioridad convive con la inseguridad y por lo tanto con la ansiedad de ignorar en qué categoría será ubicado por los otros debido a su estigma²⁷. Asimismo, el estigma presenta la característica de propagación hacia las personas más cercanas al estigmatizado; lo cual explicaría por qué estos vínculos tienden a evitarse y en caso de existir, a no perdurar.

Respecto del voto de Zaffaroni, ordenado en veintitrés considerandos, destaca un par de cuestiones clave:

- “18) *Que el tipo penal que describe el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 ha pasado a ser un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva, y muy pocas veces en una condena firme. Esta Corte, para pronunciarse, ha debido escoger una causa entre una escasa media docena que había alcanzado la instancia extraordinaria sin encontrarse prescriptas, toda vez que en la práctica prescribe la inmensa mayoría de las causas que tuvieron origen en acciones penales asentadas sobre esta habilitación de poder punitivo”.*

Es de destacar el modo en que nominaliza y cosifica la norma: “*instrumento de poder punitivo*”, “*habilitación de poder punitivo*”; así como el hecho de reconocer que la mayoría de este tipo de causas prescriben.

- “21) *Que, asimismo, el procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos del expendio minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza del acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de provisión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en el que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso”.*

Este aspecto no había sido tratado en ninguno de los fallos anteriores ni en ninguno de los votos de los demás ministros en este caso. La idea de incrimi-

²⁵ Estas ideas se refuerzan en el primer párrafo del considerando 20): “(...) es claro que las respuestas definitivas para estos planteos no pueden encontrarse en el marco de la causa penal, sin perjuicio de la posibilidad de soluciones en otros ámbitos. Es indudablemente inhumano criminalizar al individuo, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión”.

²⁶ La metáfora “*mácula*” hace referencia tanto a la visión actual (mal en sí mismo) del estigma como a la antigua (signos corporales con los cuales se procuraba exhibir algo considerado malo y poco habitual en el status moral de quien los tenía).

²⁷ “El temor a que los demás puedan faltarle el respeto a una persona por algo que ésta exhibe significa que se sentirá siempre insegura en su contacto con otra gente; y esta inseguridad proviene no de fuente misteriosas y en cierta medida desconocidas, como sucede con la mayor parte de nuestra ansiedad, sino de algo que ese individuo sabe que no puede arreglar”. GOFFMAN, ERVING, ob. cit., p. 24.

nar al “*usuario*” era la de evitar el tráfico; en cambio aquí se señala que incriminando al “*usuario*” se obstaculiza la persecución penal del tráfico²⁸.

En la parte resolutive de la sentencia, en el punto II) los ministros unánimemente deciden:

“II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país”²⁹.

3. Narcotráfico: respuestas recientes de la Corte

Desde 2009 en el fallo Arriola y en adelante, en cada inauguración del año judicial, la Corte viene reclamando insistentemente acerca de la necesidad de enfrentar el problema del narcotráfico y de toda la actividad delictiva vinculada a aquél³⁰.

3.1. Acordada 28/2015

En este contexto, el 27 de octubre de 2015, el Alto Tribunal, en la Acordada 28/2015, dispone crear, en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una Comisión judicial para la lucha contra el narcotráfico. Dicha Comisión estará integrada con magistrados de la justicia federal de distintas regiones y representantes de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ju.Fe.Jus.). El fin es llevar adelante una política de estado tendiente a combatir el narcotráfico, para lo cual esta Comisión tendrá las siguientes funciones: mejorar la coordinación entre los tribunales judiciales, de diversas instancias y jurisdicciones, y de éstos con las diferentes dependencias estatales con competencia especial en la materia; capacitación de los operadores judiciales abocados a la persecución del delito de narcotráfico; conformación de un protocolo de actuación y de un registro de causas judiciales en las que se investiguen casos de criminalidad or-

²⁸ En este fallo el péndulo de lo prohibido / permitido se oscila en un sentido similar al de Bazterrica; como también, Arriola agrega un elemento clave a esta problemática y es lo que acabamos de señalar respecto de la relación consumidor o usuario y tráfico de estupefacientes. Asimismo, el modelo predominante en la argumentación es el modelo jurídico multidimensional e ideas del neoconstitucionalismo.

²⁹ Estas palabras se repiten como un eco en los votos individuales de los ministros Lorenzetti, Petracchi, Zaffaroni y Argibay, quienes votaron bajo la modalidad de “según su voto”. Años más tarde, el Presidente del Alto Tribunal expresa acerca de este caso: “Es importante aclarar que en el fallo (Arriola) no hemos legalizado la droga, ya que en nuestra decisión hemos sostenido que la conducta no punible es sólo aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero, mientras que las conductas desarrolladas en lugares públicos son en general, aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública y, por lo tanto, pueden quedar fuera de la protección constitucional”. LORENZETTI, RICARDO, *El arte de hacer justicia. La intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2014, p. 150.

³⁰ En este mismo objetivo, se enmarcan las resoluciones 2873/2013 y 1268/2014, así como las providencias de fecha 31 de octubre de 2013 y 13 de marzo de 2014, dictadas en el expediente 6452/2013, y los oficios librados en su consecuencia al Consejo de la Magistratura de la Nación, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y al Ministerio de Seguridad. Cfr. Acordada 28/2015, consid. II, segundo párrafo *in fine*.

ganizada en materia de narcotráfico y delitos conexos; creación de un observatorio que pueda monitorear la evolución de este fenómeno delictivo en el campo judicial; mejorar y profundizar la comunicación con las fuerzas de seguridad, locales y federales, y con las demás autoridades públicas cuya intervención resulte necesaria; elaboración de propuestas a otros Poderes del Estado, en especial, el tratamiento de reformas legales que establezcan un procedimiento adecuado para la investigación y juzgamiento de estos delitos complejos; invitar a los poderes públicos del Estado, al Ministerio Fiscal y al Consejo de la Magistratura, a coordinar esfuerzos para avanzar en la prevención y persecución de estos delitos.

3.2. Lemos (2015)

El último día del gobierno saliente, el 9 de diciembre de 2015, en el fallo Lemos³¹, la Corte adhirió al dictamen del procurador fiscal Eduardo Casal emitido en 2014, quien consideró arbitraria la sentencia de la sala II de la Cámara de Casación³².

Casal en su dictamen, critica la sentencia de la Cámara, y entre dichas críticas, en particular, en el séptimo párrafo del punto III, afirma:

*“En esas condiciones, el temperamento del a quo se aparta no sólo de la ley aplicable sino también de las reglas de la experiencia —y así de las de la sana crítica que debe regir en toda decisión judicial— que indican que por su cercanía con la frontera (aproximadamente 120 km.), el transporte y ocultamiento de estupefacientes en diversas partes de los automotores es un modus operandi frecuente, razón por la cual allí se practican inspecciones vehiculares más profundas, incluso con perros entrenados y, más recientemente, con utilización de escáner. De hecho, además de la existencia de un puesto de control en dicho cruce de rutas, el personal preventor regularmente cuenta con reactivos químicos para realizar un primer examen de las sustancias sospechosas que se detectan, tal como sucedió en el sub iudice”*³³.

3.3. Almonacid (2016)

El 15 de marzo de 2016, la Corte, en el fallo “Almonacid, Gustavo Martín s/ infracción ley 23.737”³⁴

³¹ “Recurso de hecho deducido por el Fiscal en la causa Lemos, Ramón Alberto s/ causa n° 11.216”, 9 de diciembre de 2015, CSJ183/2013 (49-L) /CS1. Disponible en www.csjn.gov.ar.

³² La sentencia de dicha sala había declarado la nulidad de un procedimiento de la Gendarmería, del año 2007, en Salta, a 120 km. de la frontera con Bolivia, durante el cual se encontraron en el techo de un automóvil, 42 paquetes con 54 kg. de cocaína. Una de los integrantes de dicha sala había votado en disidencia, al sostener que la actuación de la Gendarmería se había adecuado a las previsiones del Código Procesal Penal ya que, tratándose de un supuesto en el que específicamente se autoriza la requisa de automotores, mal puede haber un vicio susceptible de nulidad; asimismo recordó el compromiso internacional asumido por el Estado argentino en la persecución del tráfico de estupefacientes.

³³ El párrafo transcripto muestra estrategias lingüísticas de legitimación a través de expresiones como: “reglas de la experiencia”, “sana crítica”, “razón”. Esta legitimación está reforzada por el uso de tropos como: “temperamento del a quo”, “inspecciones vehiculares más profundas”, “sustancias sospechosas”. Asimismo, el uso de expresiones en latín como: “a quo”, “modus operandi”, oscurecen el contenido y éste se aleja del “lenguaje democrático” al que se refiere el considerando 27) de Arriola, transcripto más arriba. Si bien el texto corresponde al dictamen del Procurador, la Corte “*comparte, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones (...) cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.*” “Recurso de hecho deducido por el Fiscal en la causa Lemos, Ramón Alberto s/ causa n° 11.216”.

³⁴ FCR 61/2014/1/CA1/CS1. Disponible en www.csjn.gov.ar.

En una requisita efectuada a los internos de la Alcaldía de Comodoro Rivadavia, se incautaron 6,84 gr. de marihuana que estaban en poder de Almonacid³⁵.

La sala IV de la Cámara Federal de Casación rechaza el recurso de casación interpuesto por el Fiscal General y deja firme la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia de fecha 27 de octubre de 2014 por la que se declara la inconstitucionalidad del art. 14, párrafo segundo de la ley 23.737 y sobresee a Almonacid. Contra esta última decisión, el Fiscal General interpuso recurso extraordinario.

La Corte, en el considerando 2º), tercer párrafo afirma:

"(...) el presente caso difiere notoriamente de los hechos que motivaron el fallo 'Arriola' de la CSJN (...)".

En el cuarto párrafo del mismo considerando, agrega:

*"(...) las circunstancias en las que se materializó la tenencia de estupefacientes que se le reprocha a Almonacid (quien tenía en su poder marihuana dentro de una unidad de detención de la Alcaldía Policial de Comodoro Rivadavia) claramente permite diferenciar la coyuntura judicial que se analiza con aquella que fue objeto de tratamiento y resolución por parte de la Corte Suprema en el precedente mencionado, pues en el caso se advierte que ha existido un peligro concreto de generar un daño a derechos o bienes de terceros"*³⁶.

En el siguiente párrafo, el Alto Tribunal agrega que no puede aceptarse ni la tenencia ni el consumo en un establecimiento carcelario, sobre todo cuando el ingreso de estupefacientes a esos lugares se encuentra penado de manera agravada. De esta manera refuerza la diferencia con Arriola: en Almonacid se pone en peligro concreto a terceros, en Arriola no.

4. Reflexiones finales

A lo largo de más de tres décadas, el péndulo entre lo permitido y lo prohibido osciló entre criminalizar la tenencia de droga para uso personal, en un primer momento; con lo cual se sentenció por ser parte del tráfico y por la peligrosidad que esto último entrañara; recurriéndose a etiquetas de alta carga simbólica. En un segundo momento, la permisón estuvo dada para desincriminar la simple tenencia de drogas para uso personal; marcando el proceso de estigmatización al que era sometida la persona a la que se criminalizaba, la que llevaba la marca de su *status* criminal en su lenguaje, en su apariencia, en sus modales, convirtiéndola en ciudadano de segunda clase. La siguiente oscilación trajo los argumentos de la década de los setenta a los noventa, del caso Colavini al caso Montalvo, oscureciéndolos e ideologizándolos todavía más. Y en el último movimiento pendular, la desincriminación predomina hasta el presente a través del caso Arriola, en 2009. Concomitantemente a lo anterior, en cada movimiento entre lo permitido y lo prohibido, triunfaba uno u otro modelo jurídico opacando o desvelando la argumentación vertida en cada decisión a la que se contraponía.

Podemos afirmar que después de la reforma constitucional de 1994, la fuerza expansiva de la democracia ha llegado plenamente a los estrados judi-

³⁵ El informe pericial da cuenta de que con la sustancia secuestrada se podrían preparar 13,68 cigarrillos de manufactura casera de cannabis sativa (marihuana) de aproximadamente 0,5 gr. cada uno.

³⁶ El destacado en negrita por parte de la Corte, opera como un reforzador visual, respecto del ámbito en el cual tuvo lugar el delito.

ciales y a las sentencias de los jueces. En este sentido, el Alto Tribunal se ha configurado como un “*foro de principios*” como expresara Ronald Dworkin (1931-2013)³⁷. Al mismo tiempo, se proyectan las ideas procedentes del neoconstitucionalismo, por ejemplo en el cambio del papel de los jueces de la Corte: una actitud de mayor cercanía con los problemas a tratar y con las personas concretas que los sufren; no solamente desde una actitud democrática, sino que procura recoger los resultados de las investigaciones, escuchar posturas contrapuestas, aun cuando su posición se encontrare ya definida frente a un determinado conflicto. Se destacan entre otros aspectos también, en el caso Arriola, la afirmación de que el principio *pro homine* informa todo el derecho de los derechos humanos; una actitud predominantemente anti-formalista afín al neoconstitucionalismo.

Sin embargo, la recurrencia a una gran cantidad de recursos argumentativos de todo tipo, muestra que los acuerdos consensuales fueron difíciles de lograr y cuando se consiguieron, el grado de complejidad es tan alto que nos hace dudar cuando leemos que la sentencia fue unánime y sólo hubo diferencias de fundamentos en la modalidad “según su voto”.

Asimismo, en los últimos meses, los fallos Lemos y Almonacid, reforzados por la Acordada 28/2015 y otras manifestaciones de la Corte especificadas más arriba, muestran una clara tendencia del Alto Tribunal de colaborar en la lucha contra el narcotráfico. En particular, Almonacid se diferencia de Arriola, ya que la tenencia de estupefacientes ingresada ilegalmente a una unidad de detención policial perjudica a terceros o a sus bienes en forma concreta. Todas ellas son señales contundentes dirigidas a los diversos operadores jurídicos y aun a la población de procurar mayor eficacia en el combate contra las drogas y el crimen organizado³⁸.

Bibliografía

BECKER, HOWARD, *Sociological Work*, Allen Lane, London, 1971.

BOURDIEU, PIERRE - TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*. Estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setién Ravina, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

DWORKIN, RONALD, *Una cuestión de principios*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012.

GOFFMAN, IRVING, *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu, Buenos Aires, 2006.

LORENZETTI, RICARDO, *El arte de hacer justicia. La intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2014.

MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, *La enseñanza del Derecho (modelos jurídico-didácticos)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación, 1995.

— *Introducción al derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.

NINO, CARLOS SANTIAGO, “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de ‘las acciones privadas de los hombres?’” en LA LEY, 1979-D, 743.

³⁷ DWORKIN, RONALD, *Una cuestión de principios*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, pp. 100-102.

³⁸ Quedaría pendiente, asimismo, respecto de los poderes políticos, la reforma de la ley 23.737 y la actualización del Anexo I con la lista de estupefacientes y sustancias químicas incluidas en el alcance de la citada ley.

ORDÓÑEZ-SOLÍS, DAVID, "Los jueces europeos en una sociedad global: poder, lenguaje y argumentación", en *European Journal of Legal Studies, Judging Judges*, Autumn/Winter 2007, vol. 1, EJLS, N° 2. Disponible en: http://ec.europa.eu/spain/pdf/team_europe/articulo_team_europe_ordonez_es.pdf (28/09/2015).

THOMPSON, JOHN, *Ideología y cultura moderna. Teoría Crítica social en la era de la comunicación de masas*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2002.

URQUIZA, MARÍA ISABEL, "Tenencia de drogas para uso personal: respuestas de la Corte Suprema", en *Actas del XVI Congreso Nacional y VI Latinoamericano de Sociología Jurídica: Latinoamérica entre consensos y disensos, nuevos abordajes en Sociología Jurídica*, Sociedad Argentina de Sociología Jurídica y Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud, Universidad Nacional de Santiago del Estero, 2015.

VAN DIJK, TEUN, *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*, Ariel, Barcelona, 2003.

— *El discurso como estructura y proceso*, Gedisa, Barcelona, 2006.A.

— *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, Gedisa, Barcelona, 2006.B.

VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE, *Enfermedades y accidentes laborales. Un análisis sociológico y jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

— *La construcción de representaciones sociales. Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*, Gedisa, Barcelona, 1997.

— "Las acciones de privación de identidad en la representación social de los pobres. Un análisis sociológico y lingüístico", en *Discurso & Sociedad*, vol. 1 (1), 1999:55-104, Gedisa, Barcelona.

— "Condiciones de trabajo y representaciones sociales. El discurso político, el discurso judicial y la prensa escrita a la luz del análisis sociológico-lingüístico del discurso", en *Discurso & Sociedad*, vol. 1 (1), 2007: 148-187. Disponible en: www.dissoc.org (10/01/2012).

Documentos

Colección *Fallos*. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: www.csjn.gov.ar/.

Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.



LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS DEL SISTEMA DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ*

*Ángel Esteban Villagra** - María Eugenia Sequeira****

Resumen: Dentro del modelo de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, encontramos una serie de principios que lo caracterizan y especifican, a partir de su consagración en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en otros instrumentos internacionales. En nuestro país estos principios han sido acogidos en la ley nacional 26.061 y en la provincia de Córdoba, particularmente, en la ley 9944 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Así resulta posible indicar un catálogo de principios sustantivos, y otro, de orden estrictamente procesal, que orientan e informan la protección de los derechos de la niñez. Esta potencialidad orientadora, no se limita a la actividad legislativa o de los operadores jurídicos, exclusivamente, sino que, por el contrario, alcanza a la actividad, el rol y las funciones de todos los que, desde otras áreas disciplinares, participan en las diferentes etapas y modalidades —administrativa y judicial— de esa protección, y que deben por tanto, enderezar sus intervenciones hacia el logro de los fines y valores que ellos suponen.

En este artículo se exponen los principios sustantivos que guían la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En una futura publicación desarrollaremos los principios procesales¹.

Palabras clave: principios jurídicos - niño - derechos - protección integral.

Los principios en la teoría jurídica

Uno de los recursos utilizados por los jueces y demás operadores jurídicos, en la solución de los casos o situaciones litigiosas, y para la fundamentación de sus resoluciones e intervenciones, son los denominados “principios”, que integran junto con las normas, el ordenamiento jurídico. También el propio legislador en su actividad de creación de normas de distintos tipos de generalidad y alcance, atribuye expresamente esta calidad a algunas de ellas. Sin embargo no resulta sencilla la tarea de precisar una definición del término “principio”, en general, y específicamente de las expresiones “principio jurídico” o “principio general del derecho”.

* Recibido 13/06/2016 ~ Aprobado 13/09/2016.

** Profesor Titular de “El derecho y la constitución de la Instituciones”, y del “Seminario de Derechos Específicos”, en la carrera de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales, UNC. Profesor Adjunto en la cátedra de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, UNC.

*** Licenciada en Trabajo Social. Profesora Asistente por concurso, en la cátedra de “El derecho y la constitución de la Instituciones”, y del “Seminario de Derechos Específicos”, en la carrera de Trabajo social, de Facultad de Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ Este artículo forma parte del marco teórico elaborado por los autores en el proyecto aprobado y subsidiado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba, durante los años 2014/2015: “El rol del trabajador social en los ámbitos jurídicos relacionados con la protección integral de la niñez a partir de la nueva legislación: el informe social en el control de la legalidad de las medidas excepcionales por el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba”.

El término latino *principium*, etimológicamente, está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* —tomar— y en el sustantivo *caput* - cabeza². Por eso se le atribuye a dicha expresión tres sentidos o significados, uno histórico (“lo antiguo”), otro axiológico (“lo valioso”) y un tercero ontológico (“cabeza”)³.

Incluso presuponiendo que utilizáramos con el mismo significado el término “principio”, tanto en la expresión “principios jurídicos” como en la de “principios generales del Derecho”, nos encontramos con una segunda dificultad que surge al preguntarnos si ambas expresiones resultan equivalentes. Con la simple observación de ellas sólo encontramos una diferencia entre las mismas, la de nombrarse los principios en un caso como “generales” y en el otro no.

En la teoría del derecho contemporánea, la cuestión sobre los principios, en la teoría jurídica contemporánea, se origina a partir de la crítica que formula Ronald Dworkin al positivismo de Herbert Hart, en relación a su incapacidad de dar cuenta de la presencia en el derecho de pautas distintas de las normas, esto es, de la existencia de los principios, que son especialmente útiles al momento de resolver los llamados “casos difíciles”. Dos son los significados en que Dworkin utiliza la expresión “principios”: uno amplio y otro restringido. En el primero designan “el conjunto de los estándares que no son normas” incluyendo a los principios y a las directrices políticas. En sentido restringido se define a los principios como estándares diferentes a las directrices. Una “directriz” o “directriz política” consiste en un tipo de estándar que propone un objetivo que debe ser alcanzado, que generalmente resulta una mejora en algún aspecto económico, social, o político de la comunidad. Un principio, en este segundo significado, constituye un estándar que ha de ser observado, como una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, y no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social⁴.

Los principios, como su propio nombre lo indica, se oponen a algo terminado: son ideas germinales, normas sin una terminación acabada, flexibles, susceptibles de ser completados.

Para Alexy los principios son mandatos de optimización en cuanto mandan realizar algo de la mejor manera posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, y por lo tanto pueden ser cumplidos en diversos grados. Las normas en cambio, exigen un cumplimiento pleno, y pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas⁵. Por ello, el “conflicto entre reglas” constituye una antinomia que se puede resolver dejando sin efecto una de ellas, que sería inválida, utilizando para ello, alguno de los criterios de solución (jerárquico, temporal o especialidad). En cambio, en el caso de “colisión entre principios” se deberá ponderar el peso de cada uno de ellos y aplicarse aquel al cual corresponde un peso relativamente mayor en relación al caso concreto. El otro principio cede o retrocede, pero sigue siendo válido. Los principios, para este autor, son normas que aceptan valores, que adquieren importancia para llevar a cabo ese juicio de

² SÁNCHEZ DE LA TORRE, ÁNGEL, “Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica”, en *Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid: *Los principios generales del derecho*, Ed. Actas, Madrid, p. 17.

³ JIMÉNEZ CANO, ROBERTO MARINO, *Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español*, Madrid, 1999.

⁴ DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ed. Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1993, p. 72.

⁵ ALEXY, ROBERT, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa N° 5, p. 143.

“ponderación” ya que todo choque entre principios, resulta también una “colisión entre valores” y viceversa. Por ello, el problema de las relaciones de prioridad entre principios, se correspondería, en última instancia, con el problema de la jerarquización entre valores subyacentes en dichos principios.

Otros autores distinguen entre las reglas o normas jurídicas positivas, los principios en sentido estricto, y las directrices o normas programáticas, tanto desde el punto de vista de su estructura, como de su contenido.

Siguiendo a Dworkin, podemos establecer explícita o implícitamente diversos elementos que nos permiten diferenciar a los principios en sentido amplio de las normas⁶: Según su *origen*: las normas surgen de un órgano legislativo o de un tribunal, mientras que los principios se originan en un sentido de conveniencia u oportunidad que en los tribunales como en la sociedad se desarrolla en el tiempo. Respecto a la *derogación*, tiene sentido hablar de ella, como un acto concreto, en relación a las normas, pero no respecto a los principios que siguen vigentes mientras se los siga estimando como justos o convenientes en la determinación de los derechos y deberes, o en caso contrario se los va dejando de usar. En cuanto a su *identificación*, resulta imposible formular una nómina o listado acabado de los principios o establecer una fórmula o enunciado de cada uno de ellos, mientras es factible al menos en teoría, enumerar y enunciar el texto de las normas vigentes. El *contenido* de los principios es intrínsecamente moral (lo bueno, lo justo), mientras respecto a las normas aparecen contenidos diversificados (además de la justicia y el bien común, lo útil, lo eficiente, lo seguro, lo ordenado, etc.). Respecto a su *aplicación*, las normas se aplican de una manera disyuntiva (del tipo “todo o nada”), en el sentido de que son válidas y se aplican, o no son válidas y no se aplican. En el caso de los principios no se pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación, más bien enuncian un criterio o razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión particular sobre cuándo se aplican o cuándo no⁷. Respecto al *modo de resolver las contradicciones*, en el caso de las normas, necesariamente una de ellas no debe ser válida, si la otra con la que se contradice lo es. La decisión sobre la validez de una u otra se toma recurriendo a consideraciones que van más allá de las normas mismas. En el caso de los principios, la interferencia entre ellos se resuelve a través de su *peso o importancia*⁸. Las normas no tienen esta dimensión, no se puede afirmar que una sea más importante que otra dentro del sistema jurídico, de manera que cuando entran en conflicto prevalezca la más importante. Respecto a las normas es conveniente y beneficioso incluir en su enunciado sus posibles *excepciones*, mientras que en el caso de los principios, no sólo es difícil, sino también estéril, ya que de este modo no obtendríamos un enunciado más completo y exacto del mismo⁹. Los *destinatarios* de los principios son los órganos que aplican el derecho, mientras que las normas están dirigidas también a los ciudadanos. Los principios exigen por parte de los juristas una trabajosa tarea de *descubrimiento*, mientras que las normas aparecen como dadas para su interpretación y sistematización.

⁶ VIGO, RODOLFO L. (h), *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 170.

⁷ DWORKIN, RONALD, ob. cit., p. 75.

⁸ DWORKIN, RONALD, ob. cit., p. 77.

⁹ DWORKIN, RONALD, ob. cit., p. 76.

Más allá de estas diferencias, los principios tienen una coincidencia que podríamos definir como funcional, con las normas: ambos son requeridos por la tarea de aplicación del derecho, individualizadora de derechos o facultades jurídicas y obligaciones o deberes.

Siguiendo a Garrido Falla¹⁰, en una posición que intenta superar en sentido acumulativo, las dos posiciones tradicionales respecto a la concepción y fundamentación de los principios jurídicos: la positivista o histórica y la filosófica o iusnaturalista, hemos señalado la existencia de tres clases de principios jurídicos: los principios positivos, los principios de justicia y las directrices políticas¹¹. Todos ellos deben ser usados por el juez al momento de aplicar las normas y de llenar las lagunas.

Los principios positivos son los que surgen o se inducen de un determinado ordenamiento jurídico positivo¹² y pueden ser explícitos o implícitos. Los principios positivos explícitos son aquellos expresamente enunciados por el legislador en la Constitución, en los Códigos, en las leyes y en las demás normas¹³.

Los principios de justicia, que se deducen de los valores jurídicos, pueden ser clasificados en principios de justicia inmediatos y principios de justicia mediatos. Los inmediatos, anteriores al ordenamiento jurídico positivo, son los que “expresan de un modo directo los valores esenciales y connaturales de toda convivencia ordenada al bien común y a satisfacer los fines existenciales de los hombres en sociedad”¹⁴. Representan “las verdades supremas del derecho *in genere*, es decir aquellos elementos lógicos y éticos del Derecho, que por ser racio-

¹⁰ GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 43.

¹¹ VILLAGRA, ÁNGEL ESTEBAN, *Elementos para una introducción al derecho*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2002, p. 172. Ver ALTERINI, JORGE H., *Código Civil y Comercial Comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 22. Este autor adhiere también esta postura intermedia, que reconoce la existencia de principios positivos y principios de justicia.

¹² BUSO, EDUARDO, *Código Civil Comentado*, Ediar, Buenos Aires, 1958, t. I, p. 155.

¹³ Se sostiene que en este tipo de principios, su obligatoriedad es independiente de su contenido, en cuanto surge de la fuente de donde derivan, es decir de la autoridad normativa, y no de lo que establecen en manera específica. También son estos principios son caracterizados como no perentorios porque configuran en forma abierta las condiciones de aplicación, y no determinan, en consecuencia, en qué casos prevalecen unos frente a los otros. Los principios jurídicos implícitos, o no enunciados, son aquellos que se inducen del contenido de las normas que integran el ordenamiento. Son los principios fundamentales de nuestra legislación positiva, que aunque no se hallen escritos en ninguna parte, son los presupuestos lógicos de las normas legisladas. Estos principios son no perentorios y no independientes del contenido. A igual que los anteriores son no perentorios porque no establecen en forma precisa las condiciones de su aplicación. Sin embargo desde el punto del origen de su obligatoriedad, son independientes, porque a diferencia de los anteriores, surge del contenido de lo que ellos prescriben. Los principios positivos implícitos, tienden a positivizarse, a tal punto que se ha señalado “la “frecuencia abrumadora” con que la ley incorpora principios”. Se afirma que hoy la tendencia es legislar por principios, y no por supuestos de hecho, es decir por normas. Los principios positivos en general, explícitos o implícitos se pueden clasificar en dos clases: los principios jurídicos sectoriales y los principios jurídicos generales, también llamados sistemáticos o fundacionales. Los principios jurídicos sectoriales son aquellos que se infieren de una norma, conjunto de normas, institución jurídica o rama del derecho. No abarcan a todo el ordenamiento sino a un sector del mismo, variando en cada caso su extensión, pero en ninguno alcanza su generalidad. Son numerosos y su contenido es técnico. Se obtienen por un proceso inductivo de generalización creciente. Los generales son aquellos que constituyen las bases que sustentan y dan fundamento positivo a todo el ordenamiento jurídico. Están consagrados en las normas constitucionales o se inducen de ellas. Son escasos y su contenido tiene carácter fundamentalmente axiológico. Trascienden el ámbito de la aplicación judicial del derecho, utilizándose en todos los niveles del ordenamiento jurídico, incluso en el ámbito legislativo.

¹⁴ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, *Introducción al Derecho*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1983, p. 393.

nales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos”¹⁵. Los principios mediatos son los principios de justicia que se concretan y objetivan históricamente en una determinada sociedad o cultura, y que reflejan las convicciones, ideas o valores ético-jurídicos de esa comunidad.

Finalmente los principios entendidos como directrices políticas, constituidos por un tipo de estándares o pautas en virtud de las cuales se propone un objetivo que ha de ser alcanzado, por lo general una mejora en el ámbito económico, político, social¹⁶.

Las funciones de los principios jurídicos

Distintas y muy diversas funciones se le atribuyen a los principios en el ámbito del derecho, que podemos sistematizar en seis tipos a saber: ontológica, preceptiva, interpretativa, integradora, integrativa, axiológica y gnoseológica. Cumplen una función ontológica o informadora los principios como causa que origina o de donde derivan las normas u otros principios jurídicos¹⁷. Los principios jurídicos naturales son la causa última o de donde surge intrínseca o constitutivamente el ser mismo del derecho. También los principios jurídicos positivos cumplen esta función en cuanto son causa o fundamento próximo de donde derivan principios y normas de menor extensión o jerarquía¹⁸. Desarrollan una función prescriptiva o normativa, ya que todo principio señala, más o menos expresamente, una exigencia de determinadas conductas que realizan lo estimado como valioso en él. Cuando se actúa, se parte de la consideración de un fin que buscamos satisfacer y dicho fin tiene o adquiere el carácter de principio de esa conducta. Indica con mayor o menor claridad un deber ser para el obrar del hombre, y un deber ser para algo. Se le atribuye una función cognoscitiva o gnoseológica, ya que hacen posible el conocimiento o la dilucidación del sentido de una norma, de otro principio o de una conducta. Cumplen una función integradora o supletoria, en cuanto son instrumentos técnicos, que deben ser utilizados para llenar las lagunas legislativas. Esta era la función prescripta por el art. 16 del Código Civil anterior, que establecía que cuando una cuestión no podía ser resuelta por las palabras o por el espíritu de la ley, de debía recurrir a las leyes que regulan los casos análogos, y en su defecto los principios generales del derecho tendiendo en consideración las circunstancias del caso¹⁹. Desempeñan una función interpretativa²⁰ y finalística, orientando la interpretación correcta, hacia fines más amplios, conforme a los valores fundamentales²¹. Es esta la función establecida en el art. 2º del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados so-

¹⁵ DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, p. 49, cit. por FERREIRA RUBIO, DELIA, “Principios generales del derecho”, en BUERES, ALBERTO J. (Director), *Código Civil*, 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 34.

¹⁶ Ídem, p. 34.

¹⁷ ALTERINI, JORGE H., *Código Civil y Comercial Comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 23.

¹⁸ VIGO, RODOLFO L., *Interpretación jurídica*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 119.

¹⁹ RIVERA, JULIO C. - MEDINA, GRACIELA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I, p. 64.

²⁰ ALTERINI, JORGE H., *Código Civil y Comercial Comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 22.

²¹ ESBORRAZ, DAVID, “La referencia a los principios y valores jurídicos”, en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/La-referencia-a-los-Principios-y-valores-juridicos-en-el-codigo-civil-y-comercial.-Por-David-Fabio-Esborraz>, p. 53.

bre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Desempeñan también una función estabilizadora o integrativa del sistema jurídico al constituir un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial, impidiendo las bruscas oscilaciones de las reglas, y finalmente una función axiológica, ya que se los utilizan también como elementos que por su contenido valorativo, pueden servir para dar fundamento a las decisiones creativas de los jueces, en ciertas materias y circunstancias²².

Los principios en el derecho de la niñez

Nos proponemos ahora analizar específicamente los principios del derecho de la niñez. De la lectura de las principales normas jurídicas positivas en esta materia se desprende que la expresión “principio”, en singular o plural, es utilizada, por el propio legislador para designar los contenidos normativos de algunos artículos, o se la menciona muchas veces en sus textos.

Así en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su Preámbulo, se mencionan “los *principios* proclamados en la Carta de las Naciones Unidas”, y luego se recuerda “... lo dispuesto en la Declaración sobre los *principios* sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños...”. En el art. 18 se establece que los Estados partes deben garantizar “el reconocimiento del *principio* de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”. En el art. 29, se conviene en que la educación del niño deberá estar encaminada, entre otros objetivos, a “...b) Inculcar al niño el respeto... de los *principios* consagrados en la Carta de las Naciones Unidas. En el art. 42, los Estados partes adoptan el compromiso de dar a conocer ampliamente los *principios* y disposiciones de la Convención. En la ley nacional 26.061, la expresión “principio” aparece ya en el art. 1º: “...Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el *principio* del interés superior del niño”. También en el art. 3º, donde al referirse al interés superior del niño, se señala que “... este *principio* rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse”. Y en el art. 5º, donde se establece la responsabilidad indelegable del Estado de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas, y se señala que “... Toda acción u omisión que se oponga a este *principio* constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes”. En la denominación del Título II se incluye esta expresión en plural: “*Principios, derechos y garantías*”, atento que abarca el art. 28, donde se formula el *Principio* de igualdad y no discriminación, y el art. 29, que se refiere al *Principio* de efectividad. En el inc. b) del art. 44, se establece que la Secretaría de Niñez y Adolescencia tiene como funciones: “Elaborar con la participación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los *principios jurídicos* establecidos en esta ley, y en el inc. h) Diseñar normas generales de funcionamiento y *principios* rectores que deberán cumplir las instituciones públicas o privadas

²² LORENZETTI, RICARDO LUIS, ob. cit., p. 263; ALTERINI, JORGE H., *Código Civil y Comercial Comentado*, ob. cit., p. 22.

de asistencia y protección de derechos de los sujetos de esta ley. En el art. 46, al enumerar las funciones del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, se fija la de “b) Participar en la elaboración en coordinación con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los *principios jurídicos* establecidos en la presente ley” y “c) Proponer e impulsar reformas legislativas e institucionales destinadas a la concreción de los *principios* establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. En art. 66, se fija entre las obligaciones de las organizaciones no gubernamentales, la de “...observar los siguientes *principios* y obligaciones: ...”, y en el art. 68, referido su registro, se establece que “las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrán implementar un Sistema de Registro de las Organizaciones no gubernamentales con personería jurídica con el objeto de controlar y velar en cada jurisdicción por el fiel cumplimiento de los *principios* que establece esta ley...”. En la provincia de Córdoba, la ley 9944, de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en su art. 3º, en relación con el interés superior señala que “Este *principio* rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustará el ejercicio de la misma, filiación, restitución de la niña, el niño o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse...”. En el art. 4º se establece que: “... Las normativas que regulan y/o repercuten en el acceso y/o ejercicio de derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes deberán adecuarse al *principio* rector de niño sujeto activo de derechos”. El art. 5º manda al Estado Provincial adoptar “las medidas tendientes a efectivizar los derechos reconocidos por esta Ley, adecuando sus políticas públicas a los efectos de garantizar los *principios* y normas aquí contenidas”. Siguiendo la estructura y la terminología de la ley 26.061, la ley cordobesa titula al Título II, como “*Principios, derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes*” y su Capítulo I, “De los *Principios*”, que incluye el art. 10: *Principio* de igualdad y no discriminación, y 11: *Principio* de efectividad. En el art. 52, se indica que las Unidades de Desarrollo Regional evaluarán la situación y la conveniencia y procedencia de la medida excepcional cuya adopción soliciten los respectivos equipos técnicos actuantes, pudiendo resolver la adopción de la medida excepcional que se solicita u otra medida que resulte más conveniente, conforme a los *principios*, derechos, garantías y procedimientos enunciados en la presente Ley. El art. 59 establece que “Las organizaciones no gubernamentales deben... observar los siguientes *principios* y obligaciones...”, y en el art. 61, referido a la creación del Registro de esas organizaciones, con el objeto de “controlar y velar en cada departamento, por el fiel cumplimiento de los *principios* que establece esta Ley...”.

Estos principios son positivos, explícitos, en su mayoría, aunque no todos, y sectoriales, en cuanto se los utiliza en la interpretación, integración y sistematización de las normas que regulan la promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pueden ser clasificados en principios materiales o de fondo, y en principios adjetivos, de procedimiento o de forma. Los principios sustantivos o materiales son aquellos que establecen el contenido de los derechos de la niñez, mientras que los principios formales, adjetivos, o de procedimiento regulan los mecanismos para promover, proteger y hacer efectivos los derechos de la niñez, a través de los órganos del Estado y de las organizaciones no gubernamentales.

Entre los principios positivos sustantivos o materiales, que desarrollaremos en este artículo, se destacan los siguientes: el niño como sujeto activo de derechos, el interés superior del niño, la responsabilidad primaria de la familia, y conjunta y subsidiaria de la comunidad y el Estado, la familia como núcleo central de protección, la excepcionalidad de la separación del niño de su familia, la igualdad y no discriminación y la efectividad de los derechos del niño.

Los principios adjetivos o procedimentales serán desarrollados en una próxima publicación por razones de espacio, como una segunda parte de ésta.

1) El niño como sujeto activo de derechos

A partir de aprobación de la Convención sobre los derechos del niño, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1989, y su posterior ratificación por nuestro país, en 1990, y su incorporación al texto constitucional, en 1994, la consideración del niño como sujeto de derechos, constituye el principio constitucional rector de todo el derecho de la niñez²³.

El rasgo central y distintivo de la Convención lo constituye la consideración que hace del niño como sujeto de derechos, desplazando el enfoque tutelar, basado en la idea del niño objeto de control y protección²⁴, formalizando un nuevo paradigma, el de la protección integral de los derechos de la niñez, y de su protagonismo en la vida social, política y cultural²⁵. Se establece que los Estados deberán promover y propiciar el derecho de todo niño a participar plenamente, en condiciones de igualdad, de la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento²⁶.

Esta calidad, condición o especial dignidad del niño como sujeto de derecho está expresamente reconocida en el art. 3º de la ley nacional 26.061, y en la provincia de Córdoba, por los arts. 3º y 13 de la ley 9944. En dichas normas se utiliza la expresión "sujetos" para referirse a los niños, niñas y adolescentes, como titulares de los derechos²⁷, cuyo ejercicio y goce deben ser reconocidos socialmente²⁸ y protegidos especialmente por los organismos especializados del Estado, en todos sus niveles y las organizaciones no gubernamentales²⁹, y que ante su violación, deben ser recuperados y reparados³⁰.

Se reconoce a los niños, niñas y adolescentes la calidad de *sujetos activos* de derechos³¹; y por lo tanto su derecho a participar plena y activamente, en forma igualitaria, en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés³²; y en todos los ámbitos en que se desenvuelven, entre ellos, el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recrea-

²³ En el art. 4º de la ley 9944 se reconoce el carácter rector de este principio.

²⁴ PERALTA, MARÍA INÉS - REARTES, JULIA, *Niñez y derechos*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2000, p. 22.

²⁵ WEINBERG, INÉS, *Convención sobre los derechos del niño*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002, p. 48.

²⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 18, inc. 2, y 21, inc. 1.

²⁷ Ley nacional 26.061, arts. 2º, 5º, 9º, 44, 66. Ley de la provincia de Córdoba 9944, arts. 2º, 4º, 13, 22, 25, 33, 40.

²⁸ Ley nacional 26.061, art. 44. Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 37.

²⁹ Ley nacional 26.061, art. 66. Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 48.

³⁰ Ley nacional 26.061, art. 31. Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 59.

³¹ Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 4º.

³² Ley nacional 26.061, art. 24.

tivo³³. Dicha participación debe ser promovida por los organismos del Estado, las organizaciones no gubernamentales³⁴. Su protagonismo comienza en el hogar y luego se hace extensivo a los distintos ámbitos en los que su vida transcurre³⁵.

Se trata de considerar al niño como ciudadano, en el sentido de Marshall, que asienta el ejercicio de tal carácter en tres pilares: lo civil o jurídico, lo político y lo social. El primero constituido por ser sujeto de derechos y garantías, como la libertad de expresión, de opinión, de asociación, el debido proceso, etc. Lo político, a través de la titularidad y ejercicio de los derechos democráticos, como el derecho a la participación activa en la política y el derecho al voto y a ser elegido. Finalmente lo social, a través del efectivo goce y disfrute de una vida digna, y de los derechos sociales y económicos.

En el ámbito de lo judicial, y en la defensa y protección de sus derechos, se les reconoce también el derecho a participar activamente en todo el procedimiento judicial y/o administrativo, por sí mismo o por sus representantes, siempre que no existan intereses contrapuestos³⁶.

El desafío radica en que esta definición jurídica del niño como sujeto activo de derechos se efectivice a través de las prácticas sociales y jurídicas respetuosas de tal condición y dignidad. Para ello debemos mirar críticamente nuestra vida cotidiana, y revisar y recrear nuestros modos de pensar, sentir y actuar respecto a los niños, niñas y adolescentes.

2) El interés superior del niño

Constituye, probablemente, el pilar más importante que sostiene la especificidad del derecho de la niñez, y que ha sido plasmado tanto legislativamente en los documentos internacionales, como en la legislación de nuestro país, en ámbito nacional y provincial³⁷. Este principio aparece como el fundamento en la mayoría de las decisiones que adoptan los operadores administrativos y/o judiciales que integran el sistema de protección de los derechos de la niñez. Sin embargo su invocación en la motivación de las disposiciones, muchas veces tiene un efecto meramente declarativo, sin una clara definición de las implicancias que se relacionan con la situación en cuestión. Por otra parte la laxitud o vaguedad del término permite diversas interpretaciones sobre su sentido y alcance, lo que conspira a su cumplimiento efectivo, siendo necesario entonces la determinación de su alcance y finalidad³⁸.

La Declaración de los Derechos del Niño (1959) estableció: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".

³³ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 31. Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 27.

³⁴ Ley nacional 26.061, art. 44.

³⁵ GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., *La protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2013, p. 32.

³⁶ Ley nacional 26.061, art. 24. Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 31.

³⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3º, 9º, incs. 1 y 3, 18 y 20. Ley de la Provincia de Córdoba 9053, art. 4º. Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 3º.

³⁸ TAVIP, GABRIEL E., "¿De qué hablamos cuando hablamos de 'interés superior del niño'?", en LLOVERAS, NORA, *Los derechos de las niñas, niños y adolescencia*, Alveroni, Córdoba, 2010, pp. 109 y ss.

Este principio, a partir de su incorporación a la Convención sobre los derechos del niño, y a las legislaciones nacionales y provinciales vigentes, adquiere el rango de principio jurídico y de una pauta básica de interpretación, constituyendo a la vez, una directiva para los operadores legislativos, administrativos y judiciales, y un límite establecido a la hora de decidir sobre las situaciones en donde intervienen niñas, niños y adolescentes³⁹. Para la Convención constituye “la condición primordial a que se atenderá, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”⁴⁰.

Sajón afirma, que en el proceso de tribunales de niñez, no existen intereses contrapuestos. “Hay un solo interés: realizar la protección integral del menor, y entonces, no cabe mantener equilibrio de derechos oponibles, sino actuar la voluntad de la ley...”⁴¹. Así entendida, esta prevalencia o superioridad del interés del niño, supondría en relación a los procedimientos administrativos y judiciales, la subordinación de cualesquiera de los otros intereses, que pudieran encontrarse en juego, los que cederían a favor de aquello que suponga un beneficio mayor para el niño, relativizando, incluso pretensiones parciales, en pos de satisfacer aquel interés. González del Solar, entiende, por su parte, que “en cuanto interés, exige se provea lo que promueve el desarrollo del niño o adolescente en forma integral..., en cuanto interés superior, asegurando la máxima satisfacción de derechos que sea posible, conforme a la legislación vigente, esto es, armonizando intereses y respetando los derechos de todos los involucrados. El calificativo “superior” indica, según este autor, que “el interés del niño o adolescente tiene un valor primordial pero relativo..., de aquí en más, la actuación judicial deberá legitimarse en el contrapeso de intereses y derechos en juego, y no en la simple locución nominal y hueca...”⁴².

Asumir uno u otro de los sentidos recién descriptos de este principio, puede repercutir en la forma de encarar la intervención o actuación concreta de cada uno de los actores que participan en el proceso legislativo, administrativo y/o judicial, ya que el accionar se encausaría de diversos modos según se incluyan o excluyan una serie de derechos y/o intereses en el proceso de búsqueda de las mejores alternativas para superar la situación de vulneración de derechos del niño/a y/o adolescente, o en lo referido a su promoción.

La Convención pareciera adherir a la postura de interpretar el principio en el sentido de la máxima satisfacción de los derechos de la niñez cuando señala que los Estados Partes deberán “tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas para asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”. Y al mismo tiempo indica que se comprometen a “tener en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables”⁴³.

No obstante ello, la legislación nacional y provincial define al interés superior como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y

³⁹ TAVIP, GABRIEL, ob. cit., p. 11.

⁴⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3º.

⁴¹ SAJON, RAFAEL, *Derecho de menores*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 406.

⁴² GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., *Protección Judicial del Niño y el Adolescente de la provincia de Córdoba*, Ley 9053 anotada, 2003, p. 31.

⁴³ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.2.

garantías reconocidos⁴⁴. La norma provincial amplía su alcance a los derechos futuros, es decir los que se les pudieren reconocer en adelante, por otras normas internacionales, nacionales o provinciales. Estas normas acumulan a la idea de maximación en la satisfacción de los derechos del niño, una interpretación como un interés que está por encima de todos los intereses involucrados en relación al niño. En este último sentido se señala que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”⁴⁵.

La determinación y clarificación de lo que se entiende por interés superior del niño, y sus consecuencias, debería plantearse como un requisito previo de funcionamiento, entre todos aquellos que confluyen con su intervención a la toma de decisiones, respecto de situaciones de vulneración de derechos de la niñez, o de conflicto con la ley penal, abordadas por los distintos operadores administrativos y judiciales intervinientes en relación a ellas, de modo de adecuar el accionar de cada uno, hacia un objetivo común, cuyo contenido sea claramente comprendido y aceptado por todos. La Convención establece también que este principio debe guiar el funcionamiento de todas las instituciones encargadas del cuidado o la protección de la niñez, en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, enumeración que no debe entenderse como taxativa⁴⁶. También debe orientar una supervisión adecuada de esas intervenciones^{47 48}.

Se ha señalado también que la determinación del interés superior del niño supone dos etapas diferenciadas: la primera, que se vincula a lo que podría denominarse interés en sentido abstracto, el concepto de interés superior del niño, idea que se ubica en la esfera jurídica teórica, que responde a la lógica jurídica y pretende un enfoque global del mismo; y la segunda, que se refiere a un interés concreto, que obedece a una lógica fáctica, y que está integrada por elementos vinculados a la situación del niño, y de difícil sistematización. En esta última se busca prestar atención a las particularidades de cada caso, es decir a lo que le conviene a un niño determinado en un caso concreto⁴⁹.

Ambas leyes, nacionales y provinciales buscan contribuir a la determinación del sentido y del alcance de este principio cuando establecen pautas que orientan su interpretación y aplicación en relación a los niños, niñas y adolescentes: a) su condición como sujeto de derecho, ya analizada como principio rector, b) el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, e) el equilibrio entre los derechos y garantías y las exigencias del bien común, y f) el respeto de su centro de vida, es decir del lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Estas pautas constituyen un marco que no debe ser franqueado al interpretar y aplicar este principio. Se señala el carácter redundante de la primera y la tercera pauta, y también la utilidad del énfasis puesto en la inserción social y cultural, relación

⁴⁴ Ley nacional 26.061, art. 3º. Córdoba, ley 9964, art. 3º.

⁴⁵ Ley nacional 26.061, art. 3º. Córdoba, ley 9964, art. 3º, *in fine*.

⁴⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.3.

⁴⁷ Ley nacional 26.061, art. 3º.

⁴⁸ DOMÍNGUEZ, ANDRÉS - FAMA, MARÍA VICTORIA - HERRERA, MARISA, *Ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 84.

⁴⁹ DOMÍNGUEZ, ANDRÉS - FAMA, MARÍA VICTORIA - HERRERA, MARISA, *ob. cit.*, p. 84.

a la identificación del interés superior del niño en cuestión. Y que la conjugación armónica de las pautas b) y d) aluden a la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, rompiendo las rígidas categorías receptadas en el anterior Código Civil, y al otorgamiento de todos los medios para que sean escuchados y su opinión sea tenida en cuenta⁵⁰. Finalmente se hace extensiva la aplicación del principio del interés superior del niño a todas las cuestiones relacionadas con las niñas, niños y adolescentes, estableciendo su prevalencia cuando se encuentre en conflicto con otros intereses. Se señala que este principio rige en materia de patria potestad, filiación, restitución, adopción, emancipación y en toda cuestión relacionada a las anteriores⁵¹. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de niños frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que este principio se constituye como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. Y por ello se establece que a este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. Se observa también, en el mismo sentido, que para asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. Y finalmente se concluye que es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.

El interés superior del niño constituye el principio que debe fundar las decisiones que adoptan los operadores administrativos y/o judiciales que integran el sistema de protección de los derechos de la niñez, también en relación a las medidas excepcionales. Sin embargo, en los informes técnicos que fundamentan su adopción, en el escrito de su elevación al Poder Judicial para el control de su legalidad, elaborado por el Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, de la provincia de Córdoba, y en las resoluciones judiciales que resuelven sobre su legalidad, la invocación de este principio generalmente tiene un efecto meramente declamativo, y sin explicitar los elementos racionales que conforman dicho principio, y sin una clara definición de las implicancias que se relacionan con la resolución de la situación en cuestión.

3) Responsabilidad primaria de la familia, y conjunta y subsidiaria de la comunidad y el Estado

Este principio establece que la familia, la comunidad y el Estado son los responsables y garantes de la protección integral de las niñas, niños y adoles-

⁵⁰ TAVIP, GABRIEL, ob. cit., p. 124.

⁵¹ Ley nacional 26.061, art. 3.3. Córdoba, ley 9944, art. 3.3.

centes⁵², que tienen derecho a todas las medidas de protección que su condición demande⁵³. Se instituye la corresponsabilidad de la familia, la comunidad, la sociedad y del Estado en la efectivización de los derechos del niño. No existen responsables únicos, sino responsabilidades concurrentes⁵⁴.

Este principio, básico en el sistema de protección de los derechos de la niñez, se subdivide en otros que se encuentran implícitos en su contenido, y que sirven de orientación para la interpretación, aplicación y ejecución de las normas relacionadas con los derechos de la niñez, a saber:

a) La responsabilidad primaria de la familia

La responsabilidad primaria de la familia constituye el primero y más importante de esos subprincipios que rigen en esta materia. La familia es el ámbito natural de cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y la responsable en forma primaria y prioritaria de asegurarles su disfrute pleno y su efectivo ejercicio⁵⁵. Se entiende por familia tanto a la familia nuclear, como a la ampliada o extensa, incluyendo por lo tanto “también a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrán asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección”⁵⁶. La responsabilidad de la familia en la promoción y protección de los derechos fundamentales del niño es indelegable. En el modelo anterior se había desplazado el polo de atención desde la familia al Estado. La Convención, así como las legislaciones nacionales y provinciales que la reglamentan, quiere devolver la responsabilidad a la familia, como primer garante del disfrute pleno y efectivo ejercicio de los derechos de la niñez.

⁵² La Convención establece en general en todo su articulado la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y judiciales tendientes a la efectivización de los derechos reconocidos a los niños. La Constitución Provincial, en su art. 34, establece que el cuidado y la educación de los hijos es en primer lugar un derecho y obligación de los padres. El Estado debe por ello prioritariamente proteger la familia y facilitarle su constitución y sus fines (art. 5º de la Convención; arts. 5º, 6º y 7º de la ley 26.061 y arts. 9º y 10 de la ley 9944).

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva 17/2002*, p. 62.

⁵⁴ GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., ob. cit., p. 38.

⁵⁵ Ley nacional 26.061, art. 7º; ley de la provincia de Córdoba 9944, arts. 7º y 9º.

⁵⁶ Decreto 415/2006, art. 7º: Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares. Art. 9º: Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que identifiquen, y en su caso designen a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la ley que se reglamenta, por las vías y/o medios que determinen las respectivas legislaciones vigentes, a las autoridades locales de aplicación a las que refiere el tercer párrafo del artículo 9º de la ley. Lo dispuesto en el citado párrafo, en orden a la obligación de denunciar y/o comunicar deberá interpretarse de manera armónica con lo establecido por el art. 72 del Código Penal.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse dentro de su grupo familiar de origen⁵⁷. Por ello se establece que las políticas públicas para la promoción y protección de los derechos de la niñez, deben comprender en primer lugar el fortalecimiento de la familia, entendida en sentido amplio⁵⁸. Los organismos del Estado tienen el deber de asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad⁵⁹.

b) La responsabilidad prioritaria de los padres

Incumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Esta responsabilidad es correlativa del derecho que tiene todo niño de crecer bajo el amparo y bajo la responsabilidad de sus padres. Por ello salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño no debe ser separado de sus padres⁶⁰.

Los Estados deben respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño pueda ejercer por sí sólo, los derechos reconocidos por el derecho de la niñez⁶¹.

Creemos que resulta necesario poner el acento en el concepto de responsabilidad, y no en el de potestad, por cuanto los padres tienen sobretodo deberes y obligaciones respecto a sus hijos, y sus derechos son instrumentales al ejercicio de esa responsabilidad, y siempre orientados por la realización del interés superior del niño. Por ello preferimos el concepto de responsabilidad parental, sobre el de patria potestad, que parece acentuar el poder o autoridad de los padres sobre sus hijos⁶².

c) La responsabilidad común e igual del padre y de la madre

Las responsabilidades y obligaciones de los progenitores son comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos⁶³. El Estado debe garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño⁶⁴. Esto es lo que se denomina coparentalidad o igualdad de los progenitores en los temas relacionados con sus hijos, que en nuestro país tiene rango constitucional, conforme a lo establecido en el art. 16, inc. 1.d de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. También art. 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho del niño a conocer a sus padres (a los dos) y a ser criado por ellos. Y el art. 9º fija la obligación de los Estados de velar por que el niño no sea separado de sus padres (de ninguno

⁵⁷ Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 14.

⁵⁸ Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 7º a).

⁵⁹ Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 9º.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva 17/2002*, p. 62.

⁶¹ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 5º.

⁶² GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS: *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 141.

⁶³ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 1º; ley nacional 26.061, art. 7º, segundo párrafo; ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 9º.

⁶⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 18; ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 9º, tercer párrafo.

de los dos), contra de la voluntad de estos. Este principio de coparentalidad volvía inconstitucional la preferencia materna en el cuidado personal de los hijos menores de cinco años, establecida en el art. 206 del Código Civil anterior. Aunque sí esta última posición dividía las aguas de la doctrina y la jurisprudencia.

El ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, aun con posterioridad a la ruptura matrimonial, ha dejado de ser la excepción para pasar a ser el principio general⁶⁵. El reconocimiento de la tenencia compartida de los hijos tras la crisis conyugal se fundamenta en una nueva valorización social del rol paterno en la crianza de los hijos, superador del modelo tradicional de familia, donde la responsabilidad en la gestación y el cuidado de los niños ha sido considerada “un asunto de mujeres”. Surge así una nueva masculinidad, que modifica los estereotipos arraigados culturalmente que excluían o relegaban al varón en las prácticas y las obligaciones inherentes a la paternidad. El ejercicio conjunto de la responsabilidad parental se ha desarrollado y consolidado como régimen de cuidado de los hijos, luego de la ruptura matrimonial, no sólo en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales de familia, sino también en los acuerdos entre las partes, lo que demuestra que constituye el “sentir” de los protagonistas que el legislador debe respetar y reconocer⁶⁶. Este régimen posibilita la participación activa de ambos padres en la crianza y educación de sus hijos, una mejor organización de la vida personal y profesional de ambos padres, al distribuir en forma equitativa la carga de la crianza, una correcta identificación del rol de cada progenitor, la comunicación permanente entre los progenitores, la distribución justa de los gastos de manutención de los hijos, la disminución del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación, el reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial, etcétera⁶⁷. Se debe fortalecer el proceso de disociación instrumental y funcional entre “pareja conyugal” y “pareja parental” a partir del divorcio, reafirmando que la separación solo afecta la primera, pero no la segunda que subsiste en función de la realización del interés superior del niño. Las funciones parentales de alimento, sostén, vivienda, educación, etc., no se extinguen con la ruptura matrimonial, debiendo mantenerse en forma inalterada, a fin de posibilitar el desarrollo psíquico, social, ético, espiritual, cultural de los hijos.

Ambos padres son responsables entonces de impartirle dirección y orientación apropiadas (de acuerdo con la evolución de sus facultades) para asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en la Convención y demás normas del derecho de la infancia. También son responsables de su cuidado, desarrollo y educación integral.

d) La responsabilidad por defecto de la familia ampliada y/o tutores o encargados

La familia ampliada tiene una responsabilidad por defecto o subsidiaria, de impartirle al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, la dirección y orientación apropiadas para que ejerza sus derechos reconocidos⁶⁸. Cuando los niños o niñas estuvieran, en forma temporal o permanente, privados de su

⁶⁵ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, ob. cit., p. 151.

⁶⁶ Ídem, p. 153.

⁶⁷ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, ob. cit., p. 154.

⁶⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 5º.

medio familiar, o cuando su interés superior exija que no permanezcan en ese medio, se establece que se debe, en primer lugar, buscar e individualizar dentro de la familia ampliada, personas donde puedan permanecer en forma temporal, en un ámbito familiar alternativo⁶⁹. También los tutores y encargados son responsables de la crianza y educación de los niños a cargo.

e) La responsabilidad conjunta, subsidiaria e indelegable del Estado

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición requieren por parte del Estado⁷⁰. La Convención sobre Derechos del Niño establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos de los niño/as reconocidos en ella.

En nuestro país, el Estado, a través de sus organismos, tiene la responsabilidad indelegable de asegurar, establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas de niñez, con carácter federal. La responsabilidad gubernamental es compartida por organismos nacionales, provinciales, municipales y comunales⁷¹.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior del niño y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen⁷².

El Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo⁷³.

Las medidas de protección deben comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes⁷⁴.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Esta prioridad absoluta implica: 1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia; 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas; 3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas

⁶⁹ Ley nacional 26.061, art. 41.

⁷⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 19.

⁷¹ Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 19 y 20; ley nacional 26.061, art. 5°; ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 8°.

⁷² Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 19 y 20; ley nacional 26.061, art. 5°; ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 8°.

⁷³ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 19.

⁷⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 19 y 20; ley nacional 26.061, art. 5°.

públicas; 4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que la garantice; 5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales⁷⁵.

Los niño/as, temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tienen derecho a la protección y asistencia especiales del Estado⁷⁶, que debe garantizar cuidados especiales para ellos.

f) La responsabilidad conjunta y subsidiaria de la comunidad

La comunidad debe participar en la vigencia efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes. La participación comunitaria constituye una responsabilidad, un deber y un derecho, que se fundamenta en la solidaridad y en el ejercicio de una democracia participativa⁷⁷. Esta responsabilidad de la comunidad es conjunta con la familia y el Estado, y subsidiaria a la responsabilidad familiar. Los Estados partes de la Convención se han comprometido a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de la comunidad, según establezca la costumbre local, en relación a los derechos de la niñez reconocidos en la Convención⁷⁸. Los niño/as tienen derecho a, excepcionalmente, y para los casos de imposibilidad de la familia nuclear o ampliada de responsabilizarse de la crianza y desarrollo, a ser confiados a una familia dentro de la comunidad donde ha residido habitualmente. La responsabilidad de la comunidad es preventiva y subsidiaria⁷⁹, debiendo proveer a la defensa de sus derechos.

4) La familia como núcleo central de protección

La familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado⁸⁰.

La centralidad de la protección de la familia constituye otros de los principios que rigen la protección integral de los derechos de la niñez, conforme a lo establecido en la legislación nacional e internacional. Esto constituye un giro importante en relación al paradigma anterior donde se ponía el acento en el rol del Estado como garante y principal encargado de hacer efectivo los derechos de los niño/as, en especial aquellos a que se encontraba en situación de vulneración de sus derechos.

En este sentido los organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones⁸¹. Deben prestar la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño⁸².

⁷⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 19 y 20; ley nacional 26.061, art. 5º; ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 8º.

⁷⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 20.

⁷⁷ Ley nacional 26.061, art. 6º.

⁷⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 5º.

⁷⁹ Constitución de la provincia de Córdoba, arts. 25 y 26.

⁸⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16.3.1.; Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, art. 6º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 17.1.

⁸¹ Ley nacional 26.061, art. 7º, párr. 3; ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 9º, párr. 3.

⁸² Convención sobre los Derechos del Niño, art. 18.

Los niños tienen derecho de crecer bajo al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres. Salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño no debe ser separado de sus padres⁸³.

La jurisprudencia de la Corte Americana de Derechos Humanos señala que “en principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, “el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad”, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸⁴. Y las Directrices de Riad han señalado que “la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Asimismo, el Estado debe velar por la estabilidad del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éstas, garantizando las condiciones que permitan alcanzar una vida digna”⁸⁵. Por ello las políticas públicas para la promoción y protección de los derechos de la niñez, deben comprender, en primer lugar, medidas tendientes al fortalecimiento de la familia como ámbito natural de su cumplimiento efectivo⁸⁶.

5) La excepcionalidad de la separación del niño de su familia

Como ya hemos analizado, las normas internacionales, nacionales y provinciales del derecho de la niñez, en forma concordante señalan que el niño tiene derecho a vivir con su familia, donde va a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas⁸⁷. El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de todos y cada uno de los miembros de la familia; y aun cuando los padres estén separados de sus hijos esa convivencia debe estar garantizada. Toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida familiar⁸⁸. Se establece que las medidas de protección o del segundo nivel, adoptadas ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de una o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, para preservar o restituirles el goce y ejercicio de los derechos amenazados o vulnerados o para la reparación de las consecuencias de su vulneración, en ningún caso pueden consistir en la separación de la niña, niño o adolescente de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos⁸⁹. El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo en aquellas situaciones donde la permanencia implique una amenaza o vulne-

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva 17/2002*, p. 62.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva 17/2002*, p. 62.

⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva 17/2002*, p. 67.

⁸⁶ Ley nacional 26.061, art. 4º; ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 7º a).

⁸⁷ Los arts. 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva 17/2002*, p. 71.

⁸⁹ Ley de la provincia de Córdoba 9944, arts. 42 y 47.

ración de sus derecho, o cuando la aplicación de estas medidas de protección integral, resulten insuficientes o inadecuadas para su situación particular⁹⁰. Se han señalado que la inexistencia de un ambiente de estabilidad y bienestar en su núcleo familiar, el fracaso de los intentos de ayuda a los padres por parte de la comunidad y la imposibilidad de familia extensa de cumplir esa función, constituyen circunstancias que justifican la adopción de medidas excepcionales⁹¹. Al considerar las soluciones se debe prestar particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico⁹², y procurar que el lugar donde se lo coloque al niño, reproduzca un ambiente familiar adecuado y, que al mismo tiempo cree en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas provocados con el “desplazamiento” de un lugar a otro⁹³. La carencia de recursos materiales no puede ser nunca el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño de su familia, con la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención. Tampoco pueden aplicarse ante la inexistencia de políticas o programas del organismo administrativo⁹⁴.

La separación del niño de su núcleo familiar debe tener un carácter excepcional, estar debidamente justificada y tener como objetivo la conservación o recuperación por parte del niño, del pleno ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Se debe propiciar la devolución del niño a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias⁹⁵, a través de mecanismos rápidos y ágiles⁹⁶. La medida debe ser limitada en tiempo, es decir adoptarse por el plazo lo más breve posible, plazo que debe quedar claramente consignado al adoptarse la medida. En la provincia de Córdoba no la medida excepcional no puede exceder los noventa días, y una vez adoptada debe ser comunicada ante el órgano judicial competente, para el control de su legalidad. Debe ser revisada periódicamente y sólo se puede prolongar mientras persistan las causas que le dio origen, con el correspondiente control de legalidad. Cumplido un año y medio desde la adopción de la medida, la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia conjuntamente con el servicio regional correspondiente debe resolver definitivamente la misma. Los equipos técnicos de los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos o las organizaciones de la sociedad civil —en su caso—, y las dependencias de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, son las que proceden a cumplimentar las medidas excepcionales una vez que han sido adoptadas por los organismos facultados para hacerlo.

En Córdoba, en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil, el juez durante la investigación, puede disponer provisoriamente, en interés de la niña, niño o adolescente, su atención integral y excepcional en un establecimiento cuyo régimen incluya medidas que impidan la externación por su sola voluntad. Con anterioridad debe ser valuada fehacientemente la ineficacia de las alternativas previstas, que son: su mantenimiento en el medio familiar o su cuidado bajo la guarda a un tercero, o la sujeción de la guarda a un régimen de libertad asistida precedente-

⁹⁰ Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 48.

⁹¹ Ley nacional 26.061, art. 39; ley de la provincia de Córdoba 9944, arts. 42 y 47.

⁹² Convención sobre los Derechos del Niño.

⁹³ Directriz de Riad 14.

⁹⁴ Ley nacional 26.061, art. 41, inc. f).

⁹⁵ Ley nacional 26.061, art. 41, inc. b).

⁹⁶ Ley de la provincia de Córdoba 9944, art. 49 b).

mente. En este supuesto la niña, niño o adolescente debe permanecer bajo este régimen el menor tiempo posible, el que no puede exceder los seis meses, salvo que el Juez requiera autorización en forma fundada, remita todos los antecedentes que obraren en la causa a la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y ésta otorgue la correspondiente prórroga cuando —evaluados todos los antecedentes— la estime imprescindible para el cumplimiento de la finalidad tuitiva o de protección.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

Los niños privados en forma temporal o permanente de su núcleo familiar, o que en función de su superior interés hayan sido apartados de su medio tienen derecho a la protección y asistencia especiales del Estado⁹⁷, que debe garantizar otros tipos de cuidado para ellos.

6) La igualdad y no discriminación

Este principio de igualdad y no discriminación es receptado en la Convención sobre Derechos del Niño, en la ley nacional 26.061, y también en la ley provincial 9944.

La Convención sobre los derechos del niño establece en su art. 2º que los Estados deben respetar los derechos en ella enunciados y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Los Estados deben tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El principio de igualdad y no discriminación aparece expresamente reconocido como tal, tanto en la ley nacional, como en la provincial, que prohíben toda forma de discriminación fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales⁹⁸. Este principio exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentren en situaciones iguales, que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a los otros en iguales circunstancias; la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, evitando distinciones arbitrarias, que la racionalidad sea la pauta de la medida de la igualdad, pudiendo el legislador crear categorías con un trato diferenciado siempre y cuando el patrón utilizado sea razonable. Una norma será

⁹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 20.

⁹⁸ Ley nacional 26.061, art. 28; Córdoba, ley 9944, art. 10.

inconstitucional si incorpora una desigualdad que carece de una fundamentación objetiva y razonable, basada en un interés constitucionalmente relevante o que no es proporcionada respecto a su finalidad⁹⁹.

Del principio de igualdad, que da forma universal a los derechos del niño, se derivan tres consecuencias: la idéntica titularidad y garantía de los derechos, con independencia de las diferencias de los titulares entre sí; la protección de las diferencias, basadas en rasgos específicos que tipifican las personas; y la remoción de las desigualdades económicas y sociales. En este sentido una cosa son las diferencias, y otras las desigualdades. Las diferencias contribuyen a la conformación de la identidad de la persona, y por lo tanto deben ser tuteladas y valorizadas, mientras que las desigualdades deben ser removidas, o al menos reducidas o compensadas.

Se puede distinguir dos clases de discriminación: la que en forma arbitraria excluye, y que hace crecer la desigualdad, y que por ello tiene un sentido negativo, y la otra que tiene por objetivo integrar al distinto, promoviendo la igualdad, al favorecer a ciertos grupos de personas, en detrimento de otras, de modo de compensar y equilibrar una situación de marginación o desigualdad, y que recibe el nombre de discriminación positiva o inversa.

La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideren incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”. No obstante ello, señala la Corte que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”. No habrá, pues, discriminación, si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Y también que “no existe discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”. Finalmente concluye afirmando que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño.

⁹⁹ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, op. cit., p. 502.

Se entiende que, en virtud de los arts. 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla.

7) El principio de efectividad

Este principio tiene por fuente primera el art. 75, inc. 23 de nuestra Constitución Nacional que establece la obligación del Congreso de la Nación de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los niños...”. Se establece allí el rol activo del Estado en el cumplimiento efectivo de los derechos reconocidos por el plexo constitucional de nuestro ordenamiento jurídico positivo. El art. 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, principio receptado también en el art. 29 de la ley 26.061. En la provincia de Córdoba, la ley 9944 reitera lo establecido en la Convención y en la ley nacional, en su art. 11, pero amplía la obligación de adoptar medidas también a la sociedad y la familia.

En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, la Convención dispone que los Estados deben adoptar esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

El Estado adquiere conforme a este principio un rol preponderante en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, a través de acciones positivas promovidas por el propio Estado, con arreglo a ciertos principios propios de estos derechos de segunda generación, como son: el de redistribución, compensación y no regresividad¹⁰⁰.

En el derecho internacional y en el derecho de nuestro país, la omisión a la obligación del Estado de tomar las medidas necesarias para la protección integral de los derechos de la niñez, hace surgir responsabilidad cuando existe el deber de actuar y no se cumplido.

No es suficiente que el Estado se limite a enumerar los derechos de los niños, sino que resulta necesario que logre hacerlo efectivos. Estos derechos deben ser garantizados tanto desde el punto de vista asistencial, como de su tutela a través del poder judicial. Se requiere el establecimiento de nuevos mecanismos de exigibilidad y protección jurisdiccional y administrativa, junto a la implementación de políticas públicas que aseguren el acceso de todos los niños a la satisfacción de sus derechos, en particular sus derechos económicos y sociales.

Al reglamentar la ley 26.061, se incorpora una cláusula transitoria que establece la obligación de los organismos administrativos nacionales, provinciales y locales de revisar las normativas que regulan el acceso o ejercicio de los derechos reconocidos a los niños, para su adecuación a la nueva legislación vigente¹⁰¹.

¹⁰⁰ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, ob. cit., p. 512.

¹⁰¹ Decreto reglamentario 415/2006, art. 2º.

Conclusiones

Entre las múltiples funciones atribuidas a los principios jurídicos en el paradigma de la protección integral de los derechos de la niñez se destaca la de orientar e informar la actividad de los legisladores, abogados, jueces y demás operadores judiciales, y también la intervención de profesionales de otras disciplinas —trabajadores sociales, psicólogos, médicos, educadores, etc.—, contribuyendo a la interpretación, sistematización, integración y aplicación de las normas que regulan esta materia.

En el análisis de dichas normas internacionales, nacionales y provinciales que integran el derecho de la niñez encontramos que la expresión “principio”, en singular o plural, es utilizada por el propio legislador para designar los contenidos normativos de algunos artículos, o es mencionada muchas veces en sus textos. Estos principios positivos sectoriales, explícitos en su mayoría, pueden ser clasificados en principios materiales o de fondo y en principios adjetivos, de procedimiento o de forma. Entre los primeros, objeto de este artículo, se destacan: la consideración del niño como sujeto activo de derechos, el interés superior del niño, la responsabilidad primaria de la familia, y conjunta y subsidiaria de la comunidad y el Estado, la familia como núcleo central de protección, la excepcionalidad de la separación del niño de su familia, la igualdad y no discriminación y la efectividad de los derechos del niño.

La consideración del niño como sujeto activo de derechos constituye el principio rector en esta materia. Su efectivización nos desafía como sociedad a revisar críticamente y recrear nuestras ideas, sentimientos y actos respecto a los niños, niñas y adolescentes, implementando prácticas sociales y jurídicas respetuosas de tal condición y dignidad. La participación activa del niño, en los asuntos que le conciernen o que tenga interés; en todos los ámbitos en que se desenvuelve constituye un derecho que debe ser promovido y garantizado por los organismos del Estado y las organizaciones no gubernamentales.

El interés superior del niño, como principio que sostiene la especificidad del derecho de la niñez, y otorga fundamento a la mayoría de las decisiones que adoptan los operadores administrativos y/o judiciales en esta materia, posee muchas veces un efecto solo declarativo, sin que se extraigan con claridad, las implicancias vinculadas con el caso en cuestión. A su vez la laxitud o vaguedad de este principio permite diversas interpretaciones y todo esto conspira con su efectividad. Resulta necesario por lo tanto determinar y clarificar previamente lo que se entiende por interés superior del niño, y sus consecuencias, entre los distintos operadores administrativos y judiciales que participan en la toma de decisiones, respecto de situaciones de vulneración de derechos de la niñez, o de conflicto con la ley penal.

El principio de responsabilidad primaria de la familia, y conjunta y subsidiaria de la comunidad y el Estado, en la promoción y protección de los derechos de la niñez se desgrana en otros subprincipios que se encuentran implícitos en su contenido: la responsabilidad primaria de la familia, la responsabilidad común e igual de los progenitores, la responsabilidad por defecto de la familia ampliada y/o tutores o encargados, la responsabilidad conjunta, subsidiaria e indelegable del Estado, y la responsabilidad conjunta y subsidiaria de la comunidad.

La centralidad de la protección de la familia constituye otro de los principios vigentes en esta materia, conforme a la legislación provincial, nacional e internacional. Esto constituyó un giro importante en relación al paradigma anterior donde se ponía el acento en el rol del Estado como garante y principal encargado de efectivizar los derechos de la niñez, en especial aquella que se encontraba en situación de abandono o riesgo. El Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

El principio de excepcionalidad de la separación del niño de su familia prescribe que éste debe permanecer en su núcleo familiar, salvo en aquellas situaciones donde la permanencia implique una amenaza o vulneración de sus derechos, o cuando la aplicación de estas medidas de protección integral, resulten insuficientes o inadecuadas para su situación particular. La separación debe estar siempre debidamente justificada, ser limitada en el tiempo, y tener como objetivo la conservación o recuperación por parte del niño, del pleno ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Del principio de igualdad y no discriminación, que prohíben toda forma de discriminación, se derivan la idéntica titularidad y garantía de los derechos, con independencia de las diferencias de los niños titulares entre sí; la protección de las diferencias, basadas en rasgos específicos que tipifican las personas y la remoción de las desigualdades económicas y sociales.

Finalmente el principio de efectividad obliga que la promoción y protección de los derechos de la niñez, no sea meramente declarativa, a través de su reconocimiento legislativo, sino que se concrete a través de medidas de acción positiva, que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos de todos los niños niñas y adolescentes.

Bibliografía

- ALTERINI, JORGE H., *Código Civil y Comercial Comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015.
- ALEXY, ROBERT, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa N° 5, Centros de Estudios Constitucionales y seminario de filosofía del Derecho Universidad de Alicante, 1988.
- BELADIEZ ROJO, MARGARITA, *Los principios jurídicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- BUERES, ALBERTO J. (Director), *Código Civil. 1*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
- CARRANZA, JORGE LUIS, *Procedimiento prevencional*, Ed. Alverino, Córdoba, 2003.
- *Temas del derecho prevencional de menores III*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Grupo Planeta, Madrid, 1973.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ed. Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1993.
- EROLE, CARLOS - FAZZIO, ADRIANA - SCANDIZZO, GABRIEL, *Políticas públicas de infancia*, Ed. Espacio, Buenos Aires, 2001.
- ESBORRAZ, DAVID, "La referencia a los principios y valores jurídicos", en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/La-referencia-a-los-Principios-y-valores-juridicos-en-el-codigo-civil-y-comercial.-Por-David-Fabio-Esborraz>.
- GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *Principios y positivismo jurídico*, Ed. Rumagraf, Madrid, 1998.

GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo, Vol. I*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS - FAMA, MARÍA VICTORIA - HERRERA, MARISA, *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007.

GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., *La protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2013.

— *Protección Judicial del Niño y el Adolescente de la provincia de Córdoba. Ley 9053 anotada*, 2003.

JIMÉNEZ CANO, ROBERTO MARINO, *Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español*, Madrid, 1999.

LLOVERAS, NORA, *Los derechos de las niñas, niños y adolescencia*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2010.

MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, *Introducción al Derecho*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1983.

PERALTA, MARÍA INÉS - REARTES, JULIA, *Niñez y derechos*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2000.

RIVERA, JULIO C. - MEDINA, GRACIELA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015.

SAJON, RAFAEL, *Derecho de menores*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, ÁNGEL, "Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica", en *Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid: Los principios generales del derecho*, Ed. Actas, Madrid.

SOLARI, NÉSTOR ELISEO, *La niñez y sus nuevos paradigmas*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002.

VIGO, RODOLFO L. (h), *Interpretación jurídica*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

— *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

VILLAGRA, ÁNGEL ESTEBAN, *Elementos para una introducción al derecho*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2002.

WEINBERG, INÉS, *Convención sobre los derechos del niño*, Rubinzal-Culzoni Ed., Santa Fe, 2002.



SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL, RELACIONES
INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN
REGIONAL

LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL Y LA PROHIBICIÓN DE LA AGRESIÓN LOS ESFUERZOS DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES*

*Luciano Pezzano***

Resumen: El artículo analiza las iniciativas encaminadas a prohibir la guerra y criminalizar la agresión surgidas como consecuencia directa de la Primera Guerra Mundial y en el seno de la Sociedad de las Naciones, así como también señala aquellos elementos y características que estuvieron presentes durante el proceso codificador de la agresión en las Naciones Unidas, los que hoy se encuentran consagrados en la Definición de la Agresión, y los que siguen siendo materia de debate en la actualidad.

Palabras clave: agresión, Primera Guerra Mundial - Sociedad de las Naciones.

I. Introducción

La magnitud de la conflagración, la gravedad de los enfrentamientos, el horror del sufrimiento humano y los incontables daños materiales causados por la Primera Guerra Mundial trajeron como consecuencia directa del conflicto los primeros intentos para prohibir la guerra y criminalizar la agresión.

Estos intentos surgieron, en gran medida, de la mano de la organización internacional vislumbrada por Woodrow Wilson en el último de sus célebres Cuatro Puntos¹ y nacida en el Tratado de Versalles: la Sociedad de las Naciones.

Aunque estos esfuerzos no se vieron plasmados en soluciones concretas, los mismos marcaron en gran medida el camino que el largo proceso codificador de las Naciones Unidas debió recorrer en la materia.

El propósito de este trabajo es, entonces, analizar las iniciativas encaminadas a prohibir la guerra y criminalizar la agresión surgidas como consecuencia directa de la Primera Guerra Mundial y en el seno de la Sociedad de las Naciones², así como señalar aquellos elementos y características que estuvieron presentes durante el proceso codificador y que hoy se encuentran consagrados en la Definición de la Agresión³, y los que siguen siendo materia de debate en la actualidad.

* El presente trabajo obtuvo la Primera Mención Especial en el concurso de monografías "A Cien Años de la Primera Guerra Mundial", organizado por la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

** Abogado (UCES). Magister en Relaciones Internacionales (CEA-UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario doctoral CONICET-Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC).

¹ Disponibles en: <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=62&page=transcript>.

² Reconocemos, no obstante, que en la misma época se formularon otras propuestas en la materia, fuera del sistema de Ginebra, a las que no nos referiremos por no constituir el objeto principal de este trabajo. Paradójicamente, la experiencia más exitosa (desde lo jurídico, ya que en los hechos no logró evitar la Segunda Guerra Mundial) fue el Tratado de Renuncia a la Guerra, o Pacto Briand-Kellog, de 1928, que no surgió en la Sociedad de las Naciones sino que fue iniciativa de los Estados Unidos (que no era miembro de la Sociedad) y Francia.

³ La Definición de la Agresión fue aprobada por la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1974, luego de un proceso que llevó casi tres décadas de negociación y discusiones en diversos órganos de la Organización. Aunque no se trata de un instrumento jurídicamente vinculante, es la única definición consensuada con que cuenta la comunidad internacional. Algunas

II. Las iniciativas de la Conferencia de Paz de París

Antes del final de la guerra, las principales potencias aliadas establecieron un Consejo Supremo de Guerra Interaliado para aunar sus esfuerzos y lograrlos más efectivos. La cooperación resultó fructífera y llevó a la victoria en 1918 y la firma del armisticio el 5 de noviembre de ese año. Las cuatro principales potencias (Francia, el Reino Unido, Italia y los Estados Unidos), a las que se sumó el Japón, convocaron a una Conferencia de Paz en París, que se inauguró el 18 de enero de 1919. El objetivo primario de la Conferencia fue establecer las condiciones de paz luego de la Gran Guerra, y a la vez establecer el nuevo orden internacional que surgiría de tal conflicto. Como resultado de la misma, se aprobaron cinco tratados con las potencias vencidas⁴, siendo el más importante de ellos —y que analizaremos aquí— el “Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania”, de 28 de junio de 1919, llamado “Tratado de Versalles”.

Participaron de la Conferencia delegados de veintisiete Estados, aunque en la práctica estuvo controlada por las cinco grandes potencias —e incluso Japón tuvo un rol menor frente al de los “Cuatro Grandes” (el primer ministro Lloyd George del Reino Unido, el primer ministro George Clemenceau de Francia, el Presidente Woodrow Wilson de los Estados Unidos y el presidente del Consejo de Ministros Vittorio Emanuele Orlando de Italia)—, y se formaron cincuenta y dos comisiones que prepararon informes, con la ayuda de numerosos expertos, para tratar con los problemas relativos al logro de una paz duradera, las consecuencias de la guerra, y las cuestiones que surgirían en la inmediata posguerra.

1. La Comisión para estudiar las responsabilidades de la guerra

Una de estas comisiones, encargada de investigar las responsabilidades relativas a la guerra (en adelante, la “Comisión sobre Responsabilidad”), fue creada en la sesión plenaria de la Conferencia de Paz el 25 de enero de 1919, y estuvo conformada por quince miembros, dos por cada una de las grandes potencias y cinco elegidos entre los Estados con intereses especiales (Bélgica, Grecia, Polonia, Rumania y Serbia). La Comisión estuvo encargada de investigar sobre los siguientes puntos: 1. La responsabilidad de los autores de la guerra; 2. Las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra cometidos por las fuerzas del Imperio Alemán y sus aliados en tierra, mar y aire durante la guerra; 3. El grado de responsabilidad por estas ofensas que corresponda a miembros individuales de las fuerzas enemigas, incluyendo miembros de los Estados Mayores, y otros individuos, no obstante su alta posición; 4. La constitución y el procedimiento de un tribunal apropiado para juzgar estas ofensas. En lo que a este trabajo respecta, son los puntos 1 y 4 los que resultan de particular interés. Respecto del primero de ellos, la responsabilidad de los autores de la guerra, la Comisión determinó en su informe de 29 de marzo de 1919, que la misma recaía en su totalidad “en las

de sus disposiciones tienen carácter consuetudinario, según lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 195), y sus arts. 1º y 3º, que contienen la definición de la agresión adquirieron rango convencional al ser incorporados al párr. 2º del art. 8º bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁴ Además del Tratado de Versalles con Alemania, se aprobaron los siguientes: Tratado de Saint-Germain-en-Laye, con Austria; Tratado de Trianon, con Hungría; Tratado de Sévres, con Turquía; y Tratado de Neuilly-sur-Seine, con Bulgaria.

*Potencias que declararon la guerra en cumplimiento de una política de agresión, cuyo ocultamiento dio origen a esta guerra el carácter de una oscura conspiración contra la paz en Europa*⁵, y agregó que la responsabilidad recaía en primer lugar en Alemania y Austria, y en segundo lugar en Turquía y Bulgaria. En lo que respecta al punto 4, la constitución y procedimiento de un tribunal apropiado para el juicio de los crímenes relativos a la guerra, la Comisión distinguió entre dos clases de “actos culpables”: a) los actos que provocaron la guerra mundial y acompañaron su concepción; y b) las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra y las leyes de humanidad. Como es evidente, son los primeros los que interesan a los fines de este trabajo, respecto de los que la Comisión consideró que *“La premeditación de una guerra de agresión, disimulada bajo un pretexto pacífico, luego súbitamente declarada bajo falsos pretextos, es una conducta que la conciencia pública reprueba y que la historia condenará, pero debido al carácter puramente opcional de las Instituciones de La Haya para el mantenimiento de la paz (la Comisión Internacional de Encuesta, Mediación y Arbitraje) una guerra de agresión no puede ser considerada como un acto directamente contrario al derecho positivo, o un acto que pueda ser exitosamente llevado ante un tribunal como el que la Comisión está autorizada a considerar en virtud de su mandato*”⁶. Aunque consideró particularmente graves la invasión a Bélgica y Luxemburgo, Estados cuya neutralidad había sido reconocida por Alemania en los tratados de 1839 y 1867, la Comisión fue de la opinión *“que no puede formularse ningún cargo criminal contra las autoridades o individuos responsables (y notablemente el ex-Kaiser) sobre la base de estas violaciones a la neutralidad, pero la gravedad de estos ultrajes intolerables al derecho de las naciones y la buena fe internacional es tal que la Comisión piensa que deberían ser objeto de una condena formal por la Conferencia*”⁷. Así, la Comisión concluyó: *“1. Los actos que condujeron a la Guerra no deberían ser imputados contra sus autores o ser materia de proceso ante un tribunal. 2. Sobre la base de las violaciones de la neutralidad de Luxemburgo y Bélgica, la gravedad de estos ultrajes en virtud de los principios del derecho de las naciones y de la buena fe internacional es tal que deberían ser objeto de una condena formal por la Conferencia. 3. En lo que respecta a la totalidad del caso, incluyendo los actos que condujeron a la guerra y aquellos que acompañaron su concepción, particularmente la violación de la neutralidad de Bélgica y Luxemburgo, debería ser un derecho de la Conferencia de Paz, en una materia que no tiene precedentes, adoptar medidas especiales, e incluso crear un órgano especial en orden de tratar como corresponde con los autores de tales actos. 4. Es deseable que para el futuro se dispongan sanciones penales para tales graves ultrajes contra los principios elementales del derecho internacional*”⁸.

Las conclusiones de la Comisión son muy interesantes, por cuanto revelan una distinción que marcaría gran parte de la historia de los debates sobre la agresión y cuyos efectos se proyectan hasta la actualidad: la distinción entre la agresión en cuanto hecho ilícito del Estado (que hoy se conoce como “acto de

⁵ CARNEGIE ENDOWMENT FOR INTERNATIONAL PEACE, *Violations of the laws and customs of war. Reports of Majority and Dissenting Reports of American and Japanese Members of the Commission of Responsibilities*, Oxford Clarendon Press, 1919, p. 4.

⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁸ *Ibidem*, p. 23.

agresión”) y la agresión en cuanto crimen de responsabilidad penal individual (en la actualidad, “crimen de agresión”)⁹. Respecto del primero, la Comisión no dudó en atribuir la responsabilidad a las potencias centrales, en particular a Alemania. Sin embargo, respecto del segundo, reconoció que, en virtud del derecho internacional imperante en la época, una guerra de agresión no era un crimen internacional del que pudiera ser competente un tribunal penal.

Las distintas soluciones adoptadas demuestran el escaso grado de desarrollo del derecho internacional en estas cuestiones en aquellos tiempos, y expresa la idea de que no existía en 1919 la tipificación de la agresión como crimen internacional de responsabilidad individual.

2. El artículo 227 del Tratado de Versalles

No obstante las conclusiones de la Comisión sobre Responsabilidad, las Potencias, debido en particular a la insistencia del Reino Unido, ya habían tomado la determinación política de enjuiciar al ex-Káiser, por lo que decidieron igualmente incluir en el art. 227 del Tratado de Versalles la responsabilidad individual de Guillermo II, en los siguientes términos: *“Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex-Káiser de Alemania, por la ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los tratados. Un alto tribunal especial se constituirá para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. Se compondrá de cinco jueces, uno nombrado por cada una de las siguientes Potencias, a saber: los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. En su decisión, el tribunal se guiará por los principios excelsos de la política internacional, con la finalidad de defender las solemnes obligaciones de los compromisos internacionales y la validez de la moral internacional. Será su deber determinar la pena cuya imposición le parezca adecuada”*.

Este art. 227 se dirige exclusivamente contra el ex-Kaiser, al que llama por su nombre, y figura en la Parte VII del Tratado de Versailles, titulada “Penalties” (que podemos traducir como “sanciones”), junto a otras disposiciones de naturaleza penal: el art. 228, que se refiere a las “violaciones de las leyes y costumbres de la guerra” cometidos por fuerzas alemanas, y el art. 229, relativo al juzgamiento de las personas acusadas de cometer tales hechos en tribunales militares de las potencias aliadas.

Como surge del propio texto de la norma en cuestión, el objeto de la acusación no es la agresión —dado que la Comisión sobre Responsabilidad había descartado explícitamente esta posibilidad—, sino la *“ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados”*, noción por demás vaga y de muy difícil análisis, toda vez que no se corresponde con tipo penal alguno establecido por el derecho internacional. Varios años después, uno de los Cuatro Grandes, Vittorio Emanuele Orlando, criticaba esta disposición, al afirmar, entre

⁹ La distinción entre el “crimen de agresión”, como un delito que da origen a responsabilidad penal individual y el “acto de agresión”, como un hecho ilícito atribuible a un Estado trae importantes consecuencias en materia de responsabilidad internacional y de los órganos competentes en su determinación, entre otras. Tal distinción, que en la actualidad se encuentra reflejada en el art. 8° bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al que nos referiremos más abajo, no se ve con claridad en varios de los antecedentes internacionales en materia de agresión y fue —y sigue siendo— objeto de numerosas discusiones tanto en el ámbito político como doctrinario.

otras cosas, que faltaba la fuente de derecho que declarara la existencia del delito, ya que, por un lado, *“la violación de un tratado, por grave que sea, no importa necesariamente que el acto mismo sea calificable como delito”* y por el otro, *“el mismo art. 227 admite en cierto modo que esta primera base no sería suficiente, dado que agrega que se habría cometido al mismo tiempo una ‘ofensa suprema contra la moral internacional.’ Excepto que esta misma determinación de la fuente de la que derivaba el título para la sanción y represión del delito hipotético, era una abierta confesión de que tal fuente no era referible al derecho. El concepto de ‘moral’ incluido en una proposición como la del art. 227 está en antítesis con el concepto de derecho: al menos, revela que la norma de derecho no existe, por lo que no está mencionada”*¹⁰. Esta ausencia de tipicidad jurídica de la conducta imputada al ex Kaiser también se advierte en aquello que los jueces del alto tribunal estaban llamados a aplicar: *“los principios excelsos de la política internacional”*. Si debía aplicar principios políticos o morales, no se habría tratado propiamente de un tribunal, que por definición está llamado a aplicar el derecho, pero siendo un tribunal internacional, lo lógico habría sido que aplicara el derecho internacional. En ese sentido, la crítica de Schmitt parece acertada, cuando sostiene: *“Las directivas para los jueces se referían a la moral y a la política, en vez de, exclusivamente, al derecho”*¹¹.

Creemos, no obstante, que hay una explicación para estas irregularidades. Indudablemente, las Potencias buscaron en esta formulación la única forma de ligar su decisión política de juzgar al ex Káiser con la carencia de tipificación de la agresión en el derecho internacional de ese entonces, que la propia Comisión sobre Responsabilidad había subrayado. Y ello se puso de manifiesto cuando Alemania intentó rechazar este artículo como una precondition de su firma del Tratado (aunque finalmente cedió ante la presión aliada); en su respuesta a este planteo, las potencias aliadas sostuvieron: *“la acusación pública en virtud del art. 227 contra el ex Emperador alemán no tiene un carácter jurídico en cuanto a su sustancia, sino sólo en su forma. El ex Emperador está acusado como un asunto de alta política internacional, como el mínimo de lo que se demanda por una ofensa suprema contra la moral internacional, la santidad de los tratados y las reglas esenciales de la justicia. Las Potencias Aliadas y Asociadas han deseado que las formas jurídicas, un procedimiento judicial y un tribunal regularmente constituido deberían establecerse en orden de asegurar al acusado plenos derechos y libertades en lo que respecta a su defensa, y en orden de que el juicio sea del más solemne carácter judicial”*¹². De esta forma, las potencias reconocieron que el contenido del proceso al que se pretendía someter al ex Káiser no estaba basado en derecho¹³ más que en las formas, y su contenido estaba regulado por la política, la moral y la justicia¹⁴. No obstante lo repugnante a las consideraciones

¹⁰ Orlando, Vittorio Emanuele, *Il Processo del Kaiser*, disponible en: <http://ita.vho.org/015Processo.htm>. V. también Gramajo, Juan Manuel, *El estatuto de la Corte Penal Internacional*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 54.

¹¹ SCHMITT, CARL, *El crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional y el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 58.

¹² TEMPERLEY, H. W. V. (ed.), *A History of the Peace Conference of Paris*, Vol. II, Oxford University Press, Londres, 1920, p. 307.

¹³ LUMB, R. D., “Individual responsibility for aggressive war: the crime against peace”, *University of Queensland Law Journal*, Vol. 3 (1959), pp. 333-355, esp. p. 339.

¹⁴ El notorio carácter extrajurídico del lenguaje es destacado por Dinstein al afirmar que la referencia a la “santidad de los tratados” tiene un sabor más religioso que jurídico (DINSTEIN, YORAM, *War, Ag-*

jurídicas actuales respecto de los principios de legalidad y de debido proceso que tal manifestación pueda resultar, subraya la idea ya advertida por la Comisión sobre Responsabilidad que la agresión no constituía un crimen de responsabilidad penal individual en la época.

Y respecto a ello, dado que se trata del objeto de este trabajo, es lícito que nos preguntemos si estaba comprendida dentro de este acto típico —la suprema ofensa contra la moral internacional y la santidad de los tratados— la agresión de la que, de acuerdo a las conclusiones de la Comisión sobre Responsabilidad, era responsable Alemania. Aunque ello no surge claramente del artículo, sí parece advertirse en sus comentaristas inmediatos que esta “suprema ofensa” se refiere en particular a la violación de la neutralidad de Bélgica y Luxemburgo. Así lo sostiene Orlando: “No puede dudarse que Alemania ha incumplido este deber elemental, violando la neutralidad de Bélgica, la que directa y solemnemente se había obligado a proteger”¹⁵. Puede entonces, sostenerse que la agresión, que como se vio no constituía un crimen en virtud del derecho internacional vigente en 1919, al menos sí formaba parte de lo que las potencias aliadas llamaron una “ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los tratados”.

Ante tantas críticas, la norma no gozó de apoyo internacional. Sostiene Schmitt que este principio de criminalización de la guerra de agresión no tuvo en Europa un efecto duradero sobre la conciencia jurídica de los pueblos y gobiernos, y que fue rápidamente olvidado¹⁶. Aunque las expresiones de Schmitt nos parezcan algo exageradas, por cuanto la necesidad de prohibir y criminalizar la agresión cobró nueva fuerza con la Sociedad de las Naciones —como veremos más adelante— lo cierto es que el intento concreto de responsabilizar a Guillermo II no llegó a buen puerto. Es sabido que el ex Káiser pidió refugio en los Países Bajos, y pese a las solicitudes de entrega que los gobiernos inglés y francés habían remitido al gobierno neerlandés, las mismas fueron rechazadas “por inadmisibles según el derecho internacional”, y tras un intercambio de comunicaciones, las potencias aliadas cesaron en su intento de enjuiciar al otrora Emperador germano.

No obstante su fracaso concreto y sus evidentes defectos jurídicos, es posible efectuar una valoración del art. 227 del Tratado de Versalles. Así, para Ferencz se trató del primer antecedente del concepto de que la guerra de agresión era un crimen contra la paz por el cual puede haber responsabilidad penal internacional de un jefe de Estado¹⁷. En el mismo sentido, Fernandes considera que el artículo “anticipó, además, la previsión legal de sancionar la categoría de ‘crímenes contra la paz,’ surgida solamente después de 1945”¹⁸. Por nuestra parte, reconocemos el valor de precedente en cuanto a la responsabilidad de los Jefes de Estado por la comisión de crímenes internacionales, pero destacamos en particular su valor confirmatorio de que en 1919, el derecho internacional no tipificaba la guerra de agresión como un crimen de responsabilidad penal individual.

gression and Self-Defence, 5ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 125).

¹⁵ ORLANDO, VITTORIO EMANUELE, ob. cit. También es lo que surge de las reservas de los representantes de los Estados Unidos ante la Comisión sobre Responsabilidad (pp. 67 y ss.).

¹⁶ SCHMITT, CARL, ob. cit., p. 58.

¹⁷ FERENCZ, BENJAMIN B., *Defining International Aggression - The Search for World Peace*, Vol. I, disponible en <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/bf1.html>, al 20 de octubre de 2014.

¹⁸ FERNANDES, JEAN MARCEL, *La Corte Penal Internacional. Soberanía versus justicia universal*, Reus, Madrid, 2008, p. 35.

3. El artículo 231 del Tratado de Versalles

El art. 231 del Tratado de Versalles, llamado el “artículo de la culpa de la guerra”¹⁹ reflejó la primera de las conclusiones de la Comisión sobre Responsabilidad y, por lo tanto, se refiere a la agresión en cuanto acto del Estado y no como crimen de responsabilidad individual. Su texto es el siguiente: *“Los gobiernos aliados y asociados declaran, y Alemania reconoce, que Alemania y sus aliados son responsables, por haberlos causado, de todos los daños y pérdidas infligidos a los gobiernos aliados y asociados y sus súbditos a consecuencia de la guerra que les fue impuesta por la agresión de Alemania y sus aliados”*.

La norma se refiere a la responsabilidad estatal de Alemania por los daños causados por su agresión. No se encuentra en la Parte VII del Tratado, sino en la Parte VIII, titulada “Reparaciones” y, como es sabido, fue una de las disposiciones más discutidas de la Paz de Versalles, por las onerosas consecuencias que tuvo para el Estado alemán. Sin embargo, lo que analizaremos aquí es el fundamento jurídico de la disposición, y el interrogante al respecto es, como lo plantea Schmitt²⁰, si Alemania y sus aliados habían llevado a cabo una guerra de agresión ilícita y, por ello responden de todos los daños, o si la responsabilidad se funda en la aceptación por Alemania de los términos de la propuesta de paz del presidente Wilson —compartida por las demás potencias aliadas— que incluía la siguiente disposición: *“Alemania deberá efectuar una compensación por todo el daño causado a la población civil de los Aliados y su propiedad, por la agresión de Alemania en tierra, mar y aire”*²¹. Las discusiones de la Conferencia de Paz revelan cierta discrepancia al respecto entre los Estados Unidos y las potencias europeas: mientras los Estados Unidos la fundaban en la aceptación de Alemania de los términos propuestos, lo que indicaría un origen convencional de la obligación de reparación, los europeos insistían en que el origen de la responsabilidad se encontraría en la agresión injusta de la que era culpable Alemania. Sin embargo, los primeros comentaristas de estas disposiciones señalaron que la norma establecía la “responsabilidad moral” de Alemania²² por la guerra. Si se acepta esta consideración, bien podría sostenerse que no se está frente a una responsabilidad jurídica, y que ello es así por cuanto Alemania no habría cometido un hecho ilícito²³, dado que la guerra no estaba prohibida por el derecho internacional²⁴.

La ambigüedad de la cláusula, y la idea de una “responsabilidad moral” por la agresión impiden una conclusión definitiva al respecto, incluso a casi un siglo de su elaboración. Asimismo, es verdad que, como sostiene Schmitt²⁵, no

¹⁹ Sobre el artículo, v., i.a., BINKLEY, ROBERT C., “The ‘Guilt’ Clause in the Versailles Treaty”, en FISCH, MAX H. (ed.), *Selected Papers of Robert C. Binkley*, Harvard University Press, Cambridge, 1948, pp. 49-62.

²⁰ SCHMITT, CARL, ob. cit., p. 69.

²¹ TEMPERLEY, H. W. V. (ed.), *A History of the Peace Conference of Paris*, Vol. I, Oxford University Press, Londres, 1920, p. 134.

²² TEMPERLEY, H. W. V. (ed.), *A History of the Peace Conference of Paris*, Vol. II. Oxford University Press, Londres, 1920, p. 73.

²³ No obstante, sí puede sostenerse que Alemania había cometido un hecho ilícito al violar la neutralidad de Bélgica y Luxemburgo, aunque ello es una cuestión diferente a la agresión en sí.

²⁴ Ello reflejaba la postura del representante estadounidense John Foster Dulles cuando sostuvo: *“la reparación no sería debida por todo el daño causado por la guerra, a menos que la guerra en su totalidad fuera un acto ilícito”* (BINKLEY, ROBERT C.: op. cit., p. 52).

²⁵ SCHMITT, CARL, ob. cit., p. 77.

puede derivarse de estas consideraciones la calificación de la agresión como un crimen internacional de responsabilidad individual.

Sin embargo, y dado que la norma específicamente utilizó las palabras “responsabilidad” y “agresión” —y, no obstante las opiniones de algunos comentaristas, sin referencia explícita a la política o a la moral, como sí encontramos en el art. 227— creemos que no puede negarse su valor como un precedente —tímido y poco sólido, tal vez— en la actual consideración de que la guerra de agresión es ilícita y, por lo tanto, origina responsabilidad internacional.

En suma, los arts. 227 y 231 del Tratado de Versalles revelan al mismo tiempo las severas dificultades para encontrar la criminalización de la agresión en el derecho internacional y la incipiente necesidad de considerar a la agresión como una especie ilícita de guerra.

III. El Pacto de la Sociedad de las Naciones

La experiencia de la Primera Guerra Mundial y la necesidad de asegurar la paz condujeron a la idea de que las guerras de agresión —aunque no todas las guerras— estaban —o debían estar— prohibidas por el derecho internacional y dan lugar a la adopción de medidas por la sociedad internacional, y así se reforzó en la Parte I del Tratado de Versalles: el Pacto de la Sociedad de las Naciones.

La única mención expresa a la agresión se encuentra en el art. 10 del Pacto, que expresa: “*Los miembros de la Sociedad se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la Sociedad. En caso de agresión, de amenaza o de peligro de agresión, el Consejo emitirá opinión sobre los medios de asegurar la ejecución de esta obligación*”. Al respecto, señala Barboza que ante la agresión el Pacto sólo planteaba una “débil reacción”: “*la sola consecuencia prescrita para tal caso era apenas una reunión del Consejo para que emitiera opinión sobre los medios de asegurar el cumplimiento de esta obligación violada*”²⁶. Si bien ello es cierto, no es menos cierto que el art. 10 consagra formalmente la noción de “agresión” y le otorga el valor de una noción jurídica, no obstante los problemas que surgen al respecto, como veremos.

Junto al citado artículo, y aunque no mencione expresamente a la agresión, es importante hacer referencia al art. 12, que dispone: “*1. Todos los miembros de la sociedad convienen en que, si surgiera entre ellos una divergencia susceptible de provocar una ruptura, la someterán al procedimiento del arbitraje o a un arreglo judicial, o al examen del Consejo. Convienen además que, en caso alguno, deben recurrir a la guerra antes de la expiración de un plazo de 3 meses desde el fallo arbitral o judicial, o el informe del consejo. 2. En todos los casos previstos por el presente artículo, la decisión debe producirse dentro de un plazo prudencial y el informe del consejo debe expedirse dentro de los 6 meses de haberle sido sometida la divergencia*”. El artículo contiene una limitación al recurso a la guerra (que concreta una de las expresiones del Preámbulo del Pacto cuando se refiere a “*Aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra*”), que se deriva en un reconocimiento tácito a dos clases de guerra: por un lado, aquella a la que se recurre habiendo cumplido los requisitos establecidos en la norma que, en

²⁶ BARBOZA, JULIO, *Uso de la fuerza. Responsabilidad internacional*, Zavalía, Buenos Aires, 2006, p. 14.

consecuencia, será lícita; y, por el otro, la que no cumpla con el procedimiento dispuesto, que será ilícita. El interrogante que aquí se formula es si esta forma ilícita de guerra es la misma “agresión” a la que se refiere el art. 10 —cuya ilicitud está para nosotros fuera de duda— o si, por el contrario, se trata de un supuesto diferente de guerra ilícita. La cuestión se hace más compleja si se analiza lo dispuesto en el párr. 1º del art. 16 del Pacto, cuando dispone: “*Si un miembro de la Sociedad recurre a la guerra, contrariamente a los compromisos contraídos en los arts. 12, 13 o 15, es ipso facto considerado como habiendo cometido un acto de guerra contra todos los demás miembros de la Sociedad. Éstos se comprometen a romper inmediatamente con él todas las relaciones comerciales o financieras, a prohibir todas las relaciones entre sus nacionales y los del Estado en ruptura del Pacto y a hacer cesar todas las comunicaciones financieras, comerciales o personales entre los nacionales de este Estado y los de cualquier otro Estado, miembro o no de la Sociedad.*” Como se advierte, el mismo prevé la aplicación de sanciones para el Estado que recurra a la guerra en contravención de lo dispuesto en el citado art. 12, o de los arts. 13²⁷ y 15²⁸, es decir, supuestos de guerra ilícita, aunque nada dice respecto del Estado autor de la agresión del art. 10, que sólo prevé la “opinión” del Consejo. ¿Se trata de dos supuestos de guerra ilícita diferentes? En tal caso, ¿cuál es el más grave? El sentido común nos indicaría a pensar que una agresión reviste mayor gravedad que una guerra ilícita por incumplimiento de procedimientos previstos en un tratado, pero, si debemos juzgar por la gravedad de las consecuencias previstas para uno y otro, la conclusión parecería ser la contraria. Respecto de este art. 16, Schmitt señala que “*aparece, por cierto, la palabra ‘guerra’ y no ‘agresión’, pero resultó rápidamente aparente que la palabra ‘guerra’ aquí no significaría guerra sino agresión, porque importaba precisamente evitar la guerra y frenar la agresión, antes que desembocara en la guerra*”²⁹. Esta poca claridad y diversidad de interpretaciones no permiten una conclusión definitiva sobre el particular.

Además, es habitual encontrar en la bibliografía la afirmación de que el Pacto de la Sociedad de las Naciones no prohibió el uso de la fuerza en las relaciones internacionales³⁰. Ello es verdad, por cuanto, como vimos, los arts. 12 a 15 del mismo sólo establecen ciertas limitaciones —fundamentalmente, de carácter procesal— al uso de la fuerza, permitiéndolo en última instancia³¹. Pero lo que no se suele sostener es que del art. 10 del Pacto surge una inequívoca —aunque tácita— condena a la agresión, las que no pueden considerarse lícitas en virtud

²⁷ Relativo al arreglo arbitral o judicial de controversias entre los miembros de la Sociedad, cuyo cuarto párrafo dispone: “*Los miembros de la Sociedad se comprometen a cumplir de buena fe las sentencias pronunciadas y a no recurrir a la guerra contra todo miembro de la sociedad que se conformara a las mismas. En caso de falta de cumplimiento de las sentencias, el consejo propondrá las medidas necesarias para asegurar su efecto.*”

²⁸ Relativo a la solución de controversias en el Consejo de la Sociedad, cuyo sexto párrafo dispone: “*Si el informe del Consejo es aceptado por unanimidad, no contando para el cálculo de esa unanimidad el voto de los representantes de las partes, los miembros de la Sociedad se comprometen a no recurrir a la guerra contra ninguna parte que se conforme a las conclusiones del informe.*”

²⁹ SCHMITT, CARL, ob. cit., p. 99.

³⁰ CASANOVAS Y LA ROSA, ORIOL, “El principio de la prohibición del uso de la fuerza”, en DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 1034.

³¹ PODESTÁ COSTA, L. A. - RUDA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Internacional Público*, Vol. 2, TEA, Buenos Aires, 1985, p. 477; PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 15ª ed., Madrid, 2011, p. 618.

del derecho del Pacto. Esta tácita condena, no obstante, no está exenta de dificultades, en particular porque no define qué ha de entenderse como “agresión”, aunque aporta algunos rasgos que permiten caracterizarla: por un lado, el mismo art. 10 se refiere a la “agresión exterior” contra “la integridad territorial y la independencia política” de los Estados³² y, por el otro, su distinción de otros tipos de guerra (los que sí respetan los procedimientos de los arts. 12, 13 y 15), que por ese entonces seguían siendo lícitos. La doctrina observa que la interpretación de este artículo se mostró muy dificultosa por no poderse determinar si la integridad territorial se viola mediante la invasión de un territorio sin intenciones de anexión, o sólo cuando tales intenciones existen, y si un Estado tiene derecho al reconocimiento de la integridad del territorio que ocupa de *facto*, o sólo al territorio que posee *de jure*. Estas diferencias, así como las objeciones políticas de algunos Estados a asumir responsabilidad por la preservación del *status quo* territorial en Europa, impidieron una interpretación clara de la norma³³.

No obstante estas dificultades, quizás lo más importante de la mención expresa de la agresión en el Pacto fue dotar de competencia a la Sociedad para continuar las discusiones en la materia. Ello es lo que analizaremos a continuación.

IV. El Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua

En el tercer período de sesiones de la Asamblea de la Sociedad, en 1922, se solicitó que la Comisión Mixta Temporal para la Reducción de Armamentos preparara, para someter a los gobiernos, un Tratado de Garantías Mutuas que consagrara ciertos principios que la Asamblea había establecido: que ningún esquema de desarme podría ser plenamente exitoso a menos que fuera universal; que la reducción de armamentos sólo sería aceptable para muchos gobiernos si recibían en cambio una garantía de la seguridad de su país; que tal garantía debería proveer asistencia inmediata y efectiva en caso de que cualquier signatario fuera atacado; y finalmente que las garantías sólo entrarían en juego si el gobierno atacado había previamente acordado reducir su armamento³⁴. De esa forma, como sostiene Ferencz, la garantía de asistencia y el desarme eran interdependientes³⁵.

Para 1923, la Asamblea, en su cuarto período de sesiones, tuvo ante sí el texto propuesto del documento que tras severos proyectos se llamaba entonces “Tratado de Asistencia Mutua”. El primero de sus diecinueve artículos disponía: *“Las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente que la guerra de agresión es un crimen internacional y se comprometen seriamente a que ninguna de ellas será culpable de su comisión. No se considerará una guerra de agresión a la guerra iniciada por un Estado que sea parte en una controversia y ha aceptado la recomendación unánime del Consejo, la sentencia de la Corte Permanente de Justicia*

³² Elementos que se siguen encontrando en las definiciones vigentes de la agresión según el art. 1º de la Definición de la Agresión y el párr. 2º del art. 8º bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, según veremos más adelante.

³³ WRIGHT, QUINCY, “The concept of aggression in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 29 (1935), pp. 373-395, p. 384.

³⁴ Resolución XIV, del tercer período de sesiones de la Asamblea, cit. en LEVERMORE, CHARLES H., *Reduction of Armaments and a Treaty of Guarantee*, New York Peace Society, Nueva York, 1922.

³⁵ FERENCZ, BENJAMIN B., ob. cit.

*Internacional o un laudo arbitral contra una Alta Parte Contratante que no lo haya aceptado, siempre que el primer Estado no pretenda violar la independencia política o la integridad territorial de la Alta Parte Contratante*³⁶.

Las partes se comprometían a proveer asistencia a cualquier signatario que fuera objeto de una guerra de agresión, si el mismo se había comportado de acuerdo a los requisitos de desarme (art. 2º). Una parte amenazada de agresión podía también convocar al Consejo de la Sociedad (art. 3º). El Consejo debía decidir, dentro de cuatro días, qué parte era el objeto de la agresión y si tenía derecho a solicitar asistencia (art. 4º). Las otras partes debían entonces proveer la asistencia que el Consejo considerara más efectiva (art. 5º); en particular, el Consejo podía, de acuerdo a lo estipulado por el art. 5º, inc. a), “Decidir aplicar inmediatamente al Estado agresor las sanciones económicas contempladas por el Artículo 16 del Pacto”, solucionando así el problema de la relación entre los arts. 10 y 16 del Pacto, al reconocer que este último se aplica a los casos de agresión. El agresor podía también ser condenado a hacer reparaciones “hasta el límite extremo de su capacidad financiera” (art. 10). Las partes estaban obligadas a reconocer la jurisdicción obligatoria de la Corte Permanente de Justicia Internacional con relación a la interpretación del Tratado (art. 15).

Como sostiene Ferencz, la clave para activar el sistema defensivo era la acción del Consejo que determinara qué Estado era el agresor³⁷. El Consejo, al igual que en el Pacto, debía actuar por unanimidad, excluyendo solamente a aquellos Estados que estuvieran participando en las hostilidades, y debía realizar tal determinación en cuatro días desde la denuncia. Sin embargo, y también al igual que en el Pacto, no había en el Tratado ninguna definición acerca de qué constituía un acto de agresión. La única aclaración al respecto venía en el segundo párrafo del Artículo 1, en el que se declaraba que no habría una guerra de agresión si un Estado estaba actuando en virtud de una recomendación unánime del Consejo, una sentencia de la Corte Permanente o un laudo arbitral, si no había intención (de la parte que recurriera a la guerra), de violar la independencia política o la integridad territorial de la parte que rechazara aceptar el laudo. Esta disposición solucionaba en parte la discusión de la diferencia entre la guerra ilícita en virtud del art. 12 del Pacto con la agresión del art. 10, recurriendo a la *intención* de las partes como un elemento caracterizador de la agresión, elemento que, como señala Ferencz, sería materia de gran debate durante los años que siguieron al tratarse de las guerras de agresión³⁸.

Las evidentes deficiencias del proyecto suscitaron numerosas objeciones de parte de los Estados Miembros de la Sociedad. Son en particular interesantes las consideraciones efectuadas por la Comisión Asesora Temporaria de la

³⁶ SDN, “Text of the Treaty of Mutual Assistance, Records of the Fourth Assembly, Minutes of the Third Committee”, *League of Nations Official Journal (Special Supplement No. 16)*, 1923, pp. 203-206, disponible en: <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia03.html>.

³⁷ FERENCZ, BENJAMIN B., ob. cit.

³⁸ FERENCZ, BENJAMIN B., ob. cit. La cuestión de la intención agresiva, o *animus aggressionis* como elemento característico de la agresión fue uno de los principales puntos de discusión en el proceso codificador de las Naciones Unidas, sostenido por quienes se enfrentaban al criterio del primer uso de la fuerza como caracterizador de la agresión. Si bien este último pareció vencer según el texto del art. 2º de la Definición de la Agresión, la excepción de la última parte de dicha norma, parece dar cabida, tácitamente, a la consideración del *animus aggressionis* como una de las “circunstancias pertinentes” para la determinación de la agresión por el Consejo de Seguridad (sobre el tema, v. BROMS, BENGT BALTZAR, “The Definition of Aggression”, *RCADI*, 1977, pp. 299-400, p. 344 y ss.).

Asamblea respecto de una Definición de la Agresión, en la que las delegaciones brasileña, francesa, belga y sueca sostuvieron que “*en las condiciones de la guerra moderna, sería imposible decidir, incluso en teoría, qué constituye un caso de agresión*”³⁹. Agregaron que hasta entonces, la agresión podía ser definida como la movilización o la violación de una frontera, pero que tal doble test había perdido su valor. La movilización, que hasta hacía poco tiempo había consistido en unas comparativamente simples pocas operaciones se había vuelto infinitamente más complicada y más difícil tanto de descubrir en su origen como de seguir en su desarrollo. En el futuro, la movilización se aplicaría no solamente al ejército, sino a la totalidad del país antes de la ruptura de hostilidades (acumulación de materiales y municiones de guerra, movilización industrial, establecimiento o aumento de industrias), todas medidas que dan evidencia de una intención de ir a la guerra, y que pueden llevar a discusiones e interpretaciones conflictivas, y asegurar así ventajas decisivas para el agresor a menos que se tome alguna acción. Por otro lado, la Comisión reconoció que la violación de una frontera por “fuerzas armadas” no necesariamente sería, en el futuro, un obvio acto de violencia como hasta entonces había sido. La expresión “fuerzas armadas” se había vuelto algo indefinido en cuanto ciertos Estados poseen fuerzas policiales y tropas irregulares que pueden o no estar legalmente constituidas, pero que tienen un valor militar definido. Incluso las fronteras mismas ya no estaban fácilmente definidas, desde que las fronteras políticas y militares no necesariamente seguían coincidiendo, y desde que las fuerzas aéreas podían no tenerlas en cuenta⁴⁰.

Sostiene Ferencz que estas delegaciones percibieron que el problema del apoyo a bandas armadas, o agresión indirecta, debería ser resuelto, pero es dudoso que hayan comprendido que todavía continuaría siendo objeto de debate medio siglo después⁴¹.

Habiendo notado la dificultad de definir la agresión, los miembros de la Comisión plantearon dudas acerca de la posibilidad de definir *a priori* la expresión “casos de agresión” en un tratado, desde un punto de vista militar, especialmente cuando la cuestión está a menudo investida de un carácter político⁴². No obstante ello, señalaron una serie de signos que pueden ser indicadores de una agresión inminente: 1. Organización en el papel de la movilización industrial; 2. Organización efectiva de la movilización industrial; 3. Acumulación de cantidades de materias primas; 4. Puesta en marcha de industrias de guerra; 5. Preparación para la movilización militar; 6. Movilización militar real; 7. Hostilidades. La Comisión también buscó otros factores, no militares, que pudieran dar alguna impresión de si estaría por tener lugar una agresión: la actitud política del posible agresor; su propaganda; la actitud de su prensa y población; su política en

³⁹ SDN, “Opinion of the Permanent Advisory Commission Regarding Assembly Resolutions XIV and XV, Records of the Fourth Assembly, Minutes of the Third Committee”, *League of Nations Official Journal (Special Supplement No. 16)*, 1923, pp. 114-120, disponible en: <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia02.html>, al 20 de octubre de 2014.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ FERENCZ, BENJAMIN B., ob. cit. La cuestión de la agresión indirecta aparecería en las discusiones sobre la definición de la agresión en la Conferencia de Desarme, en 1933, como veremos más adelante.

⁴² SDN, “Opinion of the Permanent Advisory Commission Regarding Assembly Resolutions XIV and XV, Records of the Fourth Assembly, Minutes of the Third Committee”, *League of Nations Official Journal (Special Supplement No. 16)*, 1923, pp. 114-120, disponible en: <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia02.html>, al 20 de octubre de 2014.

el mercado internacional, entre otros. La Comisión concluyó, no obstante, que cada agresión plantea un caso particular que no cae dentro del alcance de un tratado general⁴³.

Un Comité Especial de la Comisión Temporal Mixta efectuó algunos comentarios sobre la definición de la agresión, al sostener que sería teóricamente deseable, si pudiera realizarse, establecer una definición exacta de la agresión que el Consejo pudiera simplemente aplicar para determinar qué Estado era el agresor. Se acordó, que de acuerdo a la opinión de la Comisión Asesora y algunas delegaciones, tal definición precisa no era posible, pero igualmente señaló: *“Si las tropas de una potencia invaden el territorio de otra, este hecho en sí mismo constituye una presunción de que la primera potencia ha cometido un acto ilícito de agresión”*⁴⁴. Ferencz⁴⁵ ve aquí los comienzos de la doctrina de que la carga recae sobre el Estado que es el primero en invadir, pero que ello solo da lugar a una presunción de agresión⁴⁶.

El Comité Especial reconoció que la presunción no era conclusiva y que había casos en que era dificultoso determinar qué Estado había actuado primero, pero a la vez sostuvo que había otros casos *“en los que alguna acción de una de las partes simplificará el asunto al probar que claramente es el agresor. Si, por ejemplo, una Potencia lleva a cabo un ataque a gran escala en el territorio de otra, ello será conclusivo. De igual modo, un ataque sorpresivo de gas venenoso, ejecutado desde el aire en el territorio de la otra parte sería evidencia decisiva”*⁴⁷. También Ferencz señala aquí que la referencia a un ataque “a gran escala” parece anticipar la discusión acerca de los “incidentes menores” o usos menos graves de la fuerza, que no se considerarían agresión⁴⁸. Ante las dificultades, el Comité concluyó: *“Es claro, por lo tanto, que no puede realizarse ninguna definición simple de la agresión, y que no puede diseñarse ningún test simple de cuándo ha tenido lugar realmente un acto de agresión. Es, por lo tanto, claramente necesario dejar al Consejo una completa discreción en la materia, indicando meramente que los factores mencionados pueden proveer los elementos para una decisión justa”*. Entre estos factores, el Comité incluyó: la movilización industrial y económica; la movilización militar secreta mediante la formación y empleo de fuerzas irregulares, o mediante la declaración de un estado de peligro de guerra que pueda servir como pretexto para comenzar las hostilidades; un ataque aéreo, naval o químico; la presencia de fuerzas armadas de una parte en el territorio de otra; el rechazo al retiro de las fuerzas detrás de la línea indicada por el Consejo; y una política definitivamente agresiva de una de las partes hacia otra y el rechazo de someter la controversia al Consejo o a la Corte Permanente. No podemos dejar de comentar que algunos de estos factores (como el ataque aéreo o naval, o el empleo de fuerzas irregulares —agresión indirecta—) pueden encontrarse en

⁴³ Ídem.

⁴⁴ SDN: “Commentary on the Definition of a Case of Aggression, Records of the Fourth Assembly, Minutes of the Third Committee”, *League of Nations Official Journal (Special Supplement No.16)*, 1923, pp. 183-185, disponible en <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia04.html>, al 20 de octubre de 2014.

⁴⁵ FERENCZ, BENJAMIN B., ob. cit.

⁴⁶ Como mencionamos, esta idea se impuso como presunción en el art. 2º de la Definición de la Agresión de 1974, que citaremos más adelante.

⁴⁷ Ídem nota 44.

⁴⁸ FERENCZ, BENJAMIN B., ob. cit.

iniciativas posteriores que los caracterizaron como actos de agresión y que luego serían incluidos en el marco de las discusiones del proceso codificador de las Naciones Unidas en la materia.

Finalmente, el Comité reconoció que *“la determinación del agresor y del momento en que la agresión ocurrió podría ser muy difícil. Pero debe recordarse que en tal caso el Consejo, en virtud de las disposiciones del Pacto, estará comprometido en esfuerzos para prevenir la Guerra y podrá así, probablemente, estar en posición de formar una opinión sobre cuál de las partes está actuando realmente con intenciones agresivas”*⁴⁹.

El Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua fue enviado a todos los gobiernos, incluyendo los que no eran miembros de la Sociedad. Se recibieron veintiocho respuestas, y casi todos reconocieron que el Consejo no podría actuar rápida o efectivamente hasta que hubiera criterios claros para decidir cuál Estado era el agresor, pero que a la vez establecer estos criterios era extremadamente difícil. Con la abierta oposición de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania y la Unión Soviética, el proyecto fue abandonado.

No obstante su infructuoso destino, nos parece importante señalar algunos méritos del proyecto: en primer lugar, generó el consenso entre los Estados sobre la importancia de acordar una definición de la agresión, a la vez que reconocieron las dificultades para tal tarea; en segundo lugar, comenzó a establecer importantes pautas de debate que marcarían las sucesivas discusiones en la materia, incluso hasta nuestros días; y, finalmente, se trató del primer intento concreto y explícito de caracterizar a la agresión como un crimen internacional⁵⁰. Al respecto, Gross opina que no está claro si el término “crimen internacional” tiene un sentido técnico o es la expresión de una reprobación moral general, y que no hay ninguna evidencia que se haya pretendido el primer sentido⁵¹. Es curioso que durante todo el proceso de negociación no se haya discutido este aspecto de la cuestión, que era muy significativo. Creemos, no obstante, que del proyecto sí surge que la agresión es un crimen que los Estados se comprometen a no cometer (art. 1º), y que su comisión genera consecuencias para el Estado agresor (arts. 5º y 10), quedando así comprometida su responsabilidad. La “criminalidad” de la agresión, entonces, queda limitada en este proyecto solo a los Estados, pero no a los individuos.

Estos esfuerzos, entonces, se enmarcan dentro de la caracterización de la agresión como un hecho ilícito del Estado, pero no como un delito de responsabilidad penal individual.

⁴⁹ SDN, “Commentary on the Definition of a Case of Aggression, Records of the Fourth Assembly, Minutes of the Third Committee”, *League of Nations Official Journal (Special Supplement No. 16)*, 1923, pp. 183-185, disponible en <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia04.html>, al 20 de octubre de 2014.

⁵⁰ GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and Aggressive War”, *Harvard Law Review*, Vol. 59 (1946), pp. 396-456, p. 409.

⁵¹ GROSS, LEO, “The Criminality of Aggressive War”, *The American Political Science Review* Vol. 41, Nº 2 (1947), pp. 205-225, p. 211.

V. El Protocolo para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales

En 1924, un grupo de ciudadanos estadounidenses remitió a la Sociedad un proyecto de tratado de desarme y seguridad⁵². En virtud de su art. 1º, las Altas Partes Contratantes, “*declaran solemnemente que la guerra de agresión es un crimen internacional. Se comprometen respectivamente a no ser culpable de su comisión*”. El art. 2º aclaraba que cometía agresión “*un Estado que entre en guerra para otros propósitos que no sean la defensa*”. Asimismo, en virtud del art. 4º, las partes “*declaran que los actos de agresión, incluso cuando no equivalgan a un estado de guerra, y los preparativos para tales actos de agresión, estarán en adelante prohibidos por el derecho internacional*”. El art. 5º consideraba “actos de agresión” a las medidas de fuerza por tierra, mar o aire tomadas por un Estado contra otro, que no fueran con el propósito de defensa contra la agresión o para la protección de la vida humana⁵³, mientras que la movilización general o parcial podía ser considerada como la preparación de un acto de agresión. El proyecto daba competencia a la Corte Permanente para determinar la agresión (art. 3º) y las partes estaban obligadas a llevar el asunto a La Haya. De hecho, el art. 5º también establecía: “*Un signatario que rechace aceptar la jurisdicción de la Corte en tal caso será considerado como agresor*”. El proyecto también preveía la aplicación de sanciones o el empleo de la fuerza contra el agresor, a discreción de los signatarios.

Probablemente el mayor defecto del proyecto es que ignoraba por completo a los órganos de la Sociedad, en particular, al Consejo, no obstante las competencias que el mismo posee en virtud de las disposiciones del Pacto. La explicación para ello era obvia, dado que los Estados Unidos no eran miembros de la Sociedad, pero esta circunstancia, sumada a la poca recepción que tuvo entre los Estados europeos, hizo que el proyecto —no obstante los aportes en la calificación de la agresión como un crimen y los intentos por definirla— no fuera seriamente considerado por los órganos de la Sociedad.

Sin embargo, algunas de las ideas plasmadas en él fueron agregadas en un nuevo plan presentado por el Reino Unido y Francia, que buscó combinarlas con algunos elementos del desechado Tratado de Asistencia Mutua. Así surgió el “Protocolo para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales”⁵⁴, tam-

⁵² SDN, “Draft Treaty of Disarmament and Security Prepared by an American Group, Records of the Fifth Assembly, Minutes of the Third Committee”, *League of Nations Official Journal (Special Supplement No. 26)*, 1924, pp. 169-172, disponible en: <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia06.html>, al 20 de octubre de 2014.

⁵³ Es interesante la excepción de la protección de la vida humana, pues receptaría la denominada “intervención humanitaria” como un caso de uso de la fuerza armada que no implica agresión. Aunque no fuera discutido en los debates sobre agresión en la Sociedad de las Naciones, el tema no ha perdido actualidad, toda vez que un sector de la doctrina sigue sosteniendo que las intervenciones humanitarias no deben ser caracterizadas como actos de agresión a la luz de la Definición de la Agresión de 1974 y el art. 8º bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (v. DENICOLA, CHRISTOPHER P., “A Shield for the ‘Knights Of Humanity’: The ICC should adopt a Humanitarian Necessity Defense to the Crime of Aggression”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, N° 2 (2008), pp. 641-689). Por nuestra parte, consideramos que las denominadas “intervenciones humanitarias” propiamente dichas, es decir, que no cuentan con la autorización del Consejo de Seguridad ni el consentimiento del Estado de que se trate son ilícita, y pueden constituir, según las circunstancias, actos de agresión.

⁵⁴ SDN, “Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes, Records of the Fifth Assembly, Minutes of the Third Committee”, *League of Nations Official Journal (Special Supplement No. 26)*, 1924, pp. 189-194, disponible en <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia08.html>, al 20 de octubre de 2014.

bién llamado “Protocolo de Ginebra” o “Protocolo de 1924”. Comenta Ferencz que fue designado como protocolo para dejar claro que se consideraba un documento para implementar, y no reemplazar, las disposiciones del Pacto⁵⁵. En su Preámbulo, las partes actuaban “reconociendo la solidaridad de los miembros de la comunidad internacional” y “afirmando que una guerra de agresión constituye una violación de esta solidaridad y un crimen internacional”. En virtud del art. 2º, los Estados signatarios acordaban “no recurrir en ningún caso a la guerra entre sí o contra un Estado que, si surge la ocasión, acepte todas las obligaciones aquí establecidas, excepto en caso de resistencia a actos de agresión, o cuando se actúe de acuerdo con el Consejo o la Asamblea de la Sociedad de las Naciones de acuerdo con las disposiciones del Pacto y del Presente Protocolo”. Asimismo, el primer párrafo del art. 8º disponía: “Los Estados signatarios se comprometen a abstenerse de cualquier acto que pueda constituir una amenaza de agresión contra otro Estado”. Pero la norma clave en esta materia era el art. 10, que establecía: “Todo Estado que recurra a la guerra en violación de los compromisos contenidos en el Pacto o en el presente Protocolo es un agresor. La violación de las reglas establecidas para una zona desmilitarizada será tenida como equivalente al recurso a la guerra. En caso de ruptura de hostilidades, se presumirá que cualquier Estado es el agresor, a menos que una decisión del Consejo, que debe ser tomada por unanimidad, declare lo contrario: 1. Si ha rechazado someter la controversia al procedimiento de arreglo pacífico dispuesto en los artículos 14 y 15 del Pacto ampliados por el presente Protocolo, o a cumplir con una sentencia judicial o laudo arbitral o con una recomendación unánime del Consejo, o ha rechazado un informe unánime del Consejo, una sentencia judicial o un laudo arbitral que reconozca que la controversia con el otro Estado beligerante surge de un asunto que en virtud del derecho internacional se encuentra solamente dentro de la jurisdicción interna del otro Estado; no obstante, en el último caso se presumirá que el Estado es el agresor solamente si no ha sometido previamente la cuestión al Consejo o la Asamblea, de acuerdo con el artículo 11 del Pacto. 2. Si ha violado las medidas provisionales ordenadas por el Consejo para el período en que los procedimientos están en progreso según se contempla en el artículo 7 del presente Protocolo. Además de los casos a los que se refieren los párrafos 1 y 2 del presente artículo, si el Consejo no logra determinar el agresor, estará obligado a ordenar a los beligerantes un armisticio, y fijará los términos, actuando, de ser necesario, por una mayoría de dos tercios, y supervisará su ejecución. Cualquier beligerante que haya rechazado aceptar el armisticio o haya violado sus términos será considerado como un agresor. El Consejo convocará a los Estados signatarios a aplicar inmediatamente contra el agresor las sanciones dispuestas en el artículo 11 del presente Protocolo, y cualquier Estado signatario así convocado estará autorizado a ejercer los derechos de un beligerante”.

El sentido de las disposiciones del Protocolo fue analizado en profundidad en un informe presentado por Nicolaos Politis, representante de Grecia y relator de la Primera Comisión, a la Asamblea de la Sociedad. En el mismo, Politis considera que el principio general del Protocolo es la prohibición de la guerra de agresión, pero que esta prohibición no se extiende a la guerra defensiva, continuando el derecho de legítima defensa, que debe ser respetado: “El Estado atacado retiene completa libertad para resistir por todos los medios a su alcance

⁵⁵ FERENCZ, BENJAMIN B., ob. cit.

*cualquier acto de agresión del que pueda ser víctima. Sin esperar la asistencia que está autorizado a recibir de la comunidad internacional, puede y debe a la vez defenderse con su propia fuerza*⁵⁶. Lo mismo, sostiene Politis, se aplica cuando un país emplea la fuerza con el consentimiento del Consejo o de la Asamblea de la Sociedad en virtud de las disposiciones del Pacto y del Protocolo. En ninguno de esos dos casos habrá agresión, y el recurso a la fuerza es lícito. Con respecto al art. 10, reconoció que el problema de la agresión es muy complejo, y que tiene dos aspectos: la definición y la determinación de su existencia. Respecto del primero afirmó que es una materia relativamente sencilla: *“es suficiente decir que cualquier Estado es el agresor si recurre en cualquier forma o modo a la fuerza en violación de los compromisos contraídos por él sea en virtud del Pacto (si, por ejemplo, siendo un Miembro de la Sociedad de las Naciones, no ha respetado la integridad territorial o la independencia política de otro Miembro) o en virtud del presente Protocolo (si, por ejemplo, siendo un signatario del Protocolo, ha rechazado aceptar un laudo arbitral o una decisión unánime del Consejo). Este es el efecto del artículo 10 [...] El texto se refiere al recurso a la guerra, pero se entendió durante la discusión que, aunque se hace mención a la instancia más seria e impactante, está de acuerdo con el espíritu del Protocolo que los actos de violencia y fuerza, que posiblemente puedan no constituir un estado de guerra real, deberían no obstante, ser tenidos en consideración por el Consejo*⁵⁷. Por el contrario, respecto del segundo aspecto, determinar la existencia de la agresión, consideró que es un asunto muy dificultoso, porque *“aunque el primero de los dos elementos que constituyen la agresión, es decir, la violación de un compromiso, es fácil de verificar, el segundo, es decir, el recurso a la fuerza, no es una materia fácil de discernir. Cuando un país ataca a otro, el último necesariamente se defiende, y cuando las hostilidades están en progreso en ambos lados, surge la cuestión de cuál parte las comenzó. Esta es una cuestión de hecho sobre las que las opiniones pueden diferir*⁵⁸. Así, analiza las alternativas a seguir para la determinación del agresor: dejarlo librado a la decisión del Consejo, sea por unanimidad o por mayoría, lo cual descarta; establecer algún tipo de procedimiento automático que no esté necesariamente basado en una decisión del Consejo; o, la solución adoptada, un sistema mixto que combine una serie de presunciones con la posibilidad de una decisión en contrario del Consejo. En los tres supuestos mencionados en el art. 10, sostiene Politis que, incluso cuando no exista certeza absoluta, hay en todo caso una presunción muy fuerte, que basta para la aplicación de sanciones a menos que se provea prueba en contrario por una decisión unánime del Consejo. El informe resume el sistema del siguiente modo: *“Cuando haya surgido una presunción y no sea rechazada por una decisión unánime del Consejo, los mismos hechos deciden quién es el agresor; no se necesita ninguna decisión ulterior del Consejo y la cuestión de la unanimidad o la mayoría no se presenta; los hechos están establecidos, y el Consejo está obligado a actuar en consecuencia. Cuando no exista presunción, el Consejo tiene que declarar el hecho de agresión; se necesita una decisión y debe ser tomada por unanimidad. Si no se obtiene la unanimidad,*

⁵⁶ SDN, “Arbitration, Security and Reduction of Armaments, Records of the Fifth Assembly, Minutes of the Third Committee”, *League of Nations Official Journal (Special Supplement No. 26)*, 1924, pp. 194-213, disponible en: <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia09.html>, al 20 de octubre de 2014.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ídem.

*el Consejo está obligado a ordenar un armisticio, y para este propósito no tiene que tomarse una decisión propiamente dicha: hay una obligación que el Consejo debe cumplir; se necesita una decisión solo para fijar los términos del armisticio, y para este fin basta una mayoría de dos tercios*⁵⁹.

El Protocolo preveía un régimen de sanciones económicas, financieras y militares (art. 11⁶⁰) en contra del agresor, y éste estaba obligado a efectuar reparaciones por los daños causados en virtud del art. 15, pero esta norma dejaba a salvo que: *“No obstante, en vista del artículo 10 del Pacto, ni la integridad territorial ni la independencia política del Estado agresor estará en ningún caso afectada como resultado de la aplicación de las sanciones mencionadas en el presente Protocolo”*.

Las disposiciones sobre la agresión se complementaban con un sistema de arreglo de controversias (arts. 4º y ss.) que incluía la aceptación obligatoria de la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional (art. 3º), y con la celebración de una Conferencia de Reducción de Armamentos (art. 17).

El Protocolo fue adoptado por unanimidad de la Asamblea de la Sociedad el 2 de octubre de 1924, y diecinueve Estados (Albania, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chile, Checoslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Haití, Letonia, Liberia, Paraguay, Polonia, Portugal y Uruguay) lo firmaron, pero sólo Checoslovaquia lo ratificó, y nunca entró en vigor⁶¹, debido particularmente a la resistencia británica⁶².

Aunque su destino fue el fracaso, al igual que su predecesor, el Protocolo contó con la ventaja de haber recibido un inicial apoyo de parte de los órganos y miembros de la Sociedad. Su elaboración confirmó la cristalización de la idea de que la agresión era un crimen internacional —en cuanto acto del Estado— y que debía prohibirse, pero las dificultades que mencionaba Politis, vinculadas a su definición y determinación, se revelaron una vez más como una cuestión inevitable en la materia. Sorprende una vez más que no haya habido serios debates relativos a la caracterización de la agresión como un crimen⁶³, dado lo revolucionario que podía considerarse en la época, y la doctrina contemporánea guarde silencio al respecto⁶⁴.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Que dispone: *“Tan pronto como el Consejo haya convocado a los Estados signatarios a aplicar sanciones, según se dispone en el último párrafo del artículo 10 del presente Protocolo, las obligaciones de dichos Estados con respecto a las sanciones de todo tipo mencionadas en los párrafos 1 y 2 del artículo 16 del Pacto serán inmediatamente operativas en orden a que tales sanciones puedan ser empleadas de inmediato contra el agresor. Se interpretará que dichas obligaciones imponen a cada uno de los Estados signatarios el deber de cooperar leal y efectivamente en apoyo del Pacto de la Sociedad de las Naciones y en la resistencia a cualquier acto de agresión, en el grado en que lo permitan su posición geográfica y su situación particular con relación a los armamentos. De acuerdo al párrafo 3 del artículo 16 del Pacto, los Estados signatarios asumen el compromiso individual y conjuntamente de acudir en ayuda del Estado atacado o amenazado, y de apoyarse mutuamente por medio de facilidades e intercambios recíprocos en lo que respecta a la provisión de materias primas y suministros de todo tipo, aperturas de créditos, transporte y tránsito, y con este fin, tomar todas las medidas a su alcance para preservar la seguridad de las comunicaciones por tierra y mar del Estado atacado o amenazado. Si ambas partes en la controversia son agresores según el sentido del artículo 10, las sanciones económicas y financieras serán aplicadas a ambos”*.

⁶¹ El procedimiento de entrada en vigor era complejo. De acuerdo al art. 21, requería que la mayoría de los miembros permanentes del Consejo y diez miembros más de la Sociedad lo ratificaran, y que una vez que ello sucediera, entraría en vigor cuando la Conferencia a la que se refería el art. 17 aprobara un plan de reducción de armamentos.

⁶² SCHMITT, CARL, ob. cit., p. 88; GLUECK, SHELDON, ob. cit., p. 410.

⁶³ GROSS, LEO, ob. cit., p. 212.

⁶⁴ V., por ejemplo, MILLER, DAVID H., *The Geneva Protocol*, MacMillan Company, Nueva York, 1925.

No obstante, llama la atención en el análisis el enfoque adoptado en la definición de la agresión en el Protocolo, que se aparta notablemente de la idea de agresión en el art. 10 del Pacto y de la definición aportada por la propuesta estadounidense que le sirvió de base. No se refiere a la afectación de la integridad territorial ni la independencia política como objetivos de la agresión, ni como bienes del Estado víctima que deben ser protegidos; de hecho, y paradójicamente, la única referencia al art. 10 del Pacto es, como vimos, la referida a las sanciones de que puede ser objeto el Estado agresor, las que no pueden afectar su integridad territorial ni independencia política (pareciera que el Protocolo se preocupa más de proteger estos bienes del agresor que los de la víctima). Ello tiene una clara explicación: se optó por una definición estrictamente jurídica vinculada al incumplimiento por parte de un Estado de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto y del Protocolo, obligaciones que están incluso vinculadas a cuestiones de procedimientos y métodos de arreglo pacífico de controversias⁶⁵; el Estado que recurriera a la guerra en violación de esas obligaciones, sería el agresor. Tampoco quedó clara la distinción entre “guerra de agresión” y “acto de agresión” que figuraba en la propuesta estadounidense, aunque los arts. 2º y 11 del Protocolo hagan referencia a la “resistencia a los actos de agresión”, que no son definidos, pero que introducen así una distinción que también traerá sus propios debates en el futuro, según veremos más adelante.

VI. La Declaración de la Asamblea de 1927

El 24 de septiembre de 1927, a raíz de una propuesta polaca, la Asamblea de la Sociedad de las Naciones aprobó por unanimidad una “Declaración relativa a las guerras de agresión”, por la que, *“Estando convencida de que una guerra de agresión nunca puede servir como un medio de arreglo de controversias internacionales y es, en consecuencia, un crimen internacional”,* y *“Considerando que una renuncia solemne a todas las guerras de agresión tendería a crear una atmósfera de confianza general calculara para facilitar el progreso del trabajo empeñado con el fin del desarme”,* declaró: *“1. Que todas las guerras de agresión están y siempre estarán prohibidas; 2. Que deben emplearse todos los medios pacíficos para arreglar las controversias, de cualquier tipo, que puedan surgir entre Estados.”* La Asamblea también declaró que los Estados Miembros de la Sociedad estaban bajo la obligación de comportarse conforme a estos principios.

No obstante esto último, la Declaración de la Asamblea no era en sí misma vinculante⁶⁶, pero sí tiene la importancia crucial de ser el primer instrumento formal —que no requería el consentimiento de los Estados— que declara que las guerras de agresión son un crimen internacional y que están prohibidas.

Ciertamente, no define las “guerras de agresión” y, de modo significativo, no señala que la fuente de la prohibición sea el derecho internacional. Asimismo, del preámbulo pareciera desprenderse que la agresión es un crimen no porque atente contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política

⁶⁵ SAYAPIN, SERGEY, *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Asser Press, La Haya, 2014, p. 32.

⁶⁶ En el informe de la Tercera Comisión que presentó el proyecto a la Asamblea se lee: *“Aunque reconoce que el proyecto de resolución no constituye un instrumento jurídico regular que pueda ser adecuado en sí mismo y representar una contribución concreta para la seguridad, la Tercera Comisión acuerda unánimemente su gran valor moral y educativo”* (cit. por GROSS, LEO, ob. cit., p. 214).

de los Estados, sino porque no puede servir como medio de arreglo de controversias. De nuevo vemos este carácter estrictamente jurídico y casi *procesal* en la definición de la agresión de la Sociedad de las Naciones.

VII. La Conferencia de Desarme

En la segunda mitad de la década de 1920, se renovaron los esfuerzos para convocar la Conferencia de Desarme prevista tanto en el Pacto de la Sociedad como en el fallido Protocolo de 1924.

1. El informe del Comité sobre Arbitraje y Seguridad

Así, se constituyó una Comisión Preparatoria, en uno de cuyos órganos, el Comité sobre Arbitraje y Seguridad, se presentó, en 1928, un memorándum preparado por Rutger, que se refiere a los criterios para la determinación de la agresión, los que no define, puesto que consideró *“que sería más práctico enumerar algunos de los hechos que, de acuerdo con las circunstancias, pueden servir como evidencia de que ha tenido lugar una agresión”*⁶⁷. Para ello recurre a los criterios e indicadores que los anteriores órganos de la Sociedad ya habían trabajado y que citamos *supra*, así como a las disposiciones del Protocolo de 1924. Sin embargo, el informe concluye sosteniendo que *“una definición rígida y estricta de las expresiones “agresión” (art. 10 [del Pacto]), y “recurso a la guerra” (art. 16) no estarían libres de peligro, desde que pueden obligar al Consejo y a los Miembros de la Sociedad a pronunciarse sobre una violación del Pacto y aplicar sanciones en momentos cuando podría ser preferible abstenerse de medidas de coerción. También existiría el riesgo de que los criterios puedan ser tomados, en circunstancias imprevistas, de modo que lleven a que un Estado que no es en realidad responsable de las hostilidades, sea descrito como agresor”*⁶⁸. El informe hace pesar consideraciones de tipo político y relativas a las competencias del Consejo a los fines de desaconsejar la adopción de una definición rígida de la agresión. Es evidente que la determinación de que uno de los Estados es un agresor dificulta cualquier tipo de arreglo de la situación y el mantenimiento de la paz. La cuestión cobraría importancia en el futuro, al momento de discutir en las Naciones Unidas una definición de agresión que fuera compatible con las facultades que respecto de su determinación confiere la Carta al Consejo de Seguridad⁶⁹.

2. La propuesta soviética de definición y el informe Politis de 1933

La tan deseada Conferencia de Desarme había comenzado en 1932, con un proyecto tan ambicioso como irrealizable, en medio de un panorama donde ya se vislumbraba una nueva guerra en el horizonte, uno de cuyos antecedentes directos —la invasión de Japón a China— estaba teniendo lugar desde 1931. Los temas relativos a la reducción de armamentos dominaron los debates durante el

⁶⁷ SDN, “Committee on Arbitration and Security, Preparatory Commission for the Disarmament Conference”, *Publications of the League of Nations, IX. Disarmament*, 1928.IX.3, pp. 14-40, disponible en <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia12.html>, al 20 de octubre de 2014.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Nuevamente surge la cuestión relativa al art. 2º de la Definición de la Agresión, que permite al Consejo de Seguridad determinar que ciertos actos no constituyen agresión no obstante reunir los requisitos de hechos que la propia Definición prevé.

primer año, y fue recién en 1933 cuando la agresión vuelve al centro de la discusión, a raíz de una propuesta de definición presentada por la Unión Soviética. La propuesta —que adoptaría la forma de una resolución de la Comisión General de la Conferencia— no contenía una definición de carácter general, sino que, luego de un preámbulo, consideraba como agresor al primer Estado que cometiera alguna de una serie de actos que enumeraba en su párr. 1º, mientras que el párr. 2º establecía que ninguna consideración podía justificar la comisión de la agresión⁷⁰.

El delegado chino, representando a un país que estaba siendo víctima de una agresión en aquel momento, se manifestó dispuesto a apoyar la definición soviética. Noruega y Francia apreciaron la referencia soviética a los órganos internacionales, y Polonia aprobó las ideas soviéticas. El representante alemán notó el carácter disuasorio de una definición, pero manifestó que debería ser más elástica. El representante del Reino Unido dejó en claro que, dadas las dificultades en lograr una definición de la agresión, dudaba del éxito de una propuesta que con tuviera criterios tan estrictos. Suecia favoreció aumentar los poderes del Consejo

⁷⁰ La propuesta soviética establecía: *“La Comisión General, Considerando que, en interés de la seguridad general y en orden de facilitar el logro de un acuerdo para la reducción máxima de los armamentos, es necesario definir la agresión con la mayor precisión, en orden a remover cualquier posibilidad de su justificación; Reconociendo el principio del igual derecho de todos los Estados a la independencia, seguridad y a la defensa de su territorio; Animada por el deseo de asegurar a cada nación, en interés de la paz general, el derecho a libre desarrollo de acuerdo a su propia elección y al ritmo que mejor le corresponda, y de salvaguardar la seguridad, la independencia y la completa inviolabilidad territorial de cada Estado y su derecho de legítima defensa contra ataques o invasiones externas, pero solo dentro de sus propias fronteras; y Ansiosa de proveer la guía necesaria a los órganos internacionales que pueden ser convocados para definir al agresor: Declara: 1. Será considerado el agresor en un conflicto internacional el Estado que sea el primero en tomar cualquiera de las siguientes acciones: a) La declaración de guerra contra otro Estado; b) La invasión por sus fuerzas armadas del territorio de otro Estado sin declaración de guerra; c) El bombardeo del territorio de otro Estado por sus fuerzas terrestres, navales o aéreas, o el ataque consciente de las fuerzas navales o aéreas de otro Estado; d) El desembarco o la introducción dentro de las fronteras de otro Estado de fuerzas terrestres, navales o aéreas sin el permiso del Gobierno de tal Estado, o la infracción de las condiciones de tal permiso, particularmente en lo que respecta a la duración de la permanencia o la extensión del área; e) El establecimiento de un bloqueo naval de las costas o puertos de otro Estado. 2. Ninguna consideración, sea de naturaleza política, estratégica o económica, incluyendo el deseo de explotar las riquezas naturales o de obtener cualquier tipo de ventajas o privilegios en el territorio de otro Estado, ni referencias a inversiones de capital considerable u otros intereses especiales en un Estado dado, o la alegada ausencia de ciertos atributos de la organización del Estado en el caso de un país dado, será aceptada como justificación de la agresión según se define en la Cláusula 1. En particular, la justificación para el ataque no puede basarse en: A. La situación interna en un Estado dado, como, por ejemplo: a) El atraso político, económico o cultural de un país dado; b) La alegada mala administración; c) El posible peligro a la vida o la propiedad de residentes extranjeros; d) Los movimientos revolucionarios o contrarrevolucionarios, la guerra civil, desórdenes o huelgas; e) El establecimiento o mantenimiento en cualquier Estado de cualquier orden político, económico o social. B. Cualquier acto, ley o regulación de un Estado dado, como por ejemplo: a) La violación de acuerdos internacionales; b) La violación de concesiones comerciales u otros derechos o intereses económicos de un Estado dado o sus ciudadanos; c) La ruptura de relaciones diplomática o económicas; d) El boycott económico o financiero; e) El repudio de deudas; f) La no admisión o limitación de la inmigración, o la restricción de derechos o privilegios de residentes extranjeros; g) La violación de los privilegios de los representantes oficiales de otros Estados; h) El rechazo a permitir a fuerzas armadas transitar al territorio de un tercer Estado; i) Las medidas religiosas o antirreligiosas; j) Los incidentes fronterizos. 3. En caso de la movilización o concentración de fuerzas armadas de una considerable extensión en la vecindad de sus fronteras, el Estado al que le amenacen tales actividades podrá recurrir a los medios diplomáticos u otros medios para la solución pacífica de controversias internacionales. Podrá, al mismo tiempo, tomar medidas de naturaleza militar, análogas a las descritas supra, sin, no obstante, cruzar la frontera”* (cit. en ASAMBLEA GENERAL, *Question of defining aggression. Report by the Secretary-General*, Documento A/2211, Naciones Unidas, Nueva York, 1952, pp. 18-19).

y Japón planteó que todos los hechos debían ser considerados. El representante de los Estados Unidos también cuestionó la utilidad de una definición rígida y consideró que sería más sabio establecer criterios que cada gobierno pudiera encontrar útiles para alcanzar una decisión sobre la agresión. Italia, por su parte, compartía las dudas del Reino Unido y los Estados Unidos⁷¹.

La cuestión de la definición de la agresión y el proyecto soviético, fue derivada al Comité sobre Cuestiones de Seguridad, compuesto por diecisiete Estados y bajo la presidencia de Politis. Este último preparó un informe⁷² en nombre del Comité para ser presentado a la Comisión General de la Conferencia. El informe consideraba que la definición de la agresión debía constar en un acta que formaría parte de la Convención General para la Reducción y Limitación de Armas, cuyo proyecto, con comentarios a los artículos, se anexaba al informe.

En el Preámbulo del proyecto⁷³ se considera *“necesario en interés de la seguridad general definir la agresión tan específicamente como sea posible, en orden a impedir cualquier pretexto por el que podría estar justificada”*, se toma nota de que *“todos los Estados tienen igual derecho a la independencia, la seguridad, la defensa de su territorio y el libre desarrollo de sus instituciones”* y se juzga conveniente *“establecer las reglas que deben seguir los órganos internacionales responsables de determinar el agresor”*.

En el art. 1º se establece: *“Será considerado como el agresor en un conflicto internacional, sujeto a los acuerdos en vigor entre las partes en la controversia, el Estado que sea el primero en cometer cualquiera de las siguientes acciones: 1) la declaración de guerra contra otro Estado; 2) la invasión por sus fuerzas armadas, con o sin una declaración de guerra, del territorio de otro Estado; 3) el ataque por sus fuerzas terrestres, navales o aéreas, con o sin una declaración de guerra, en el territorio, navíos o aeronaves de otro Estado; 4) el bloqueo naval de las costas o puertos de otro Estado; 5) la provisión de apoyo a bandas armadas formadas en su territorio que hayan invadido el territorio de otro Estado, o el rechazo, no obstante la solicitud del Estado invadido, de tomar en su propio territorio todas las medidas a su alcance para privar a tales bandas de toda asistencia o protección”*. Como se advierte de este art. 1º, se optó por evitar una definición general, abordando un enfoque casuístico de cinco supuestos, que de acuerdo al informe del Comité son taxativos y que constituyen, cada uno, un acto de agresión en sí mismo⁷⁴. Se abandona así el criterio de una definición de la agresión basada en el recurso a la guerra en incumplimiento de obligaciones relativas a la solución pacífica de las controversias que había estado muy presente en las iniciativas del Protocolo de 1924 y la Declaración de 1927. Asimismo, también se omite toda referencia a la “guerra de agresión”, insistiendo el preámbulo en la necesidad de definir a la “agresión”, aunque el art. 1º en realidad busque determinar cuándo se considera

⁷¹ SDN, “Minutes of the Political Commission”, *Records of the Conference for the Reduction and Limitation of Armaments*, Series D., vol. 5, Ginebra, 10 de marzo de 1933, pp. 47-56, disponible en <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia16.html>, al 20 de octubre de 2014.

⁷² SDN, “Report of the Committee on Security Questions”, *Conference for the Reduction and Limitation of Armaments*, Conf.D./C.G./108., Ginebra, 24 de mayo de 1933, pp. 1-19, disponible en <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia17.html>, al 20 de octubre de 2014.

⁷³ Ídem, anexo.

⁷⁴ SDN, “Report of the Committee on Security Questions”, *Conference for the Reduction and Limitation of Armaments*. Conf. D./C.G./108., Ginebra, 24 de mayo de 1933, pp. 1-19, disponible en <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia17.html>, al 20 de octubre de 2014.

que un Estado es el “agresor”, mediante la enunciación de “actos de agresión” (estos problemas terminológicos continuarán formando parte de los debates ulteriores sobre la cuestión). Los hechos que constituyen actos de agresión son similares a los que estaban en la propuesta soviética; sin embargo, se ha suprimido el supuesto de la introducción de fuerzas armadas en el territorio de otro Estado sin su consentimiento, o la violación de los términos de ese consentimiento, y se ha agregado el caso de agresión indirecta, a través de bandas armadas, que como vimos, formaba parte de la discusión desde al menos 1923. En este último caso, el informe aclara que *“la agresión solo puede ser el resultado de la complicidad del Estado al proveer su apoyo a las bandas armadas, o el fracaso de tomar las medidas a su alcance para privarles de ayuda y protección”*⁷⁵. Las dos cuestiones formarían parte de los debates ulteriores en las Naciones Unidas sobre la agresión.

El art. 2º sigue en lo sustancial a la propuesta soviética, al disponer: *“Ninguna consideración política, militar, económica o de otro carácter podrá servir como excusa o justificación para la agresión a la que se refiere el artículo 1”*. El Comité preparó también un proyecto de Protocolo Anexo al art. 2º, en el que *“declara que ningún acto de agresión dentro del significado del artículo 1 del Acta puede justificarse en ninguna de las siguientes causas, entre otras: A. La condición interna de un Estado, por ejemplo: su estructura política, económica o social; alegados defectos en su administración; disturbios debido a huelgas, revoluciones, contrarrevoluciones o guerra civil. B. La conducta internacional de un Estado, por ejemplo: la violación o amenaza de violación de derechos materiales o morales o intereses de un Estado extranjero o sus nacionales; la ruptura de relaciones diplomáticas o económicas; boicots económicos o financieros; controversias relativas a obligaciones económicas, financieras o de otro tipo respecto de Estados extranjeros; incidentes fronterizos que no formen ninguno de los casos de agresión especificados en el artículo 1”*.

El informe y su proyecto anexo fueron discutidos en la Comisión General el 25 y el 29 de mayo de 1933. Al presentarlo, Politis explicó que el Comité se había encontrado frente a dos sistemas de definir la agresión: uno rígido, que estableciera de antemano los casos de agresión, y uno elástico, que permitiera a las autoridades internacionales tener en cuenta todas las circunstancias del caso, evitando la aplicación de definiciones rígidas que en ciertos casos podrían no ser adaptables a los hechos concretos. Politis explicó que la mayoría del Comité había considerado que *“entre un sistema rígido y uno elástico que corría el riesgo de ser marcado por los inconvenientes que la experiencia, y en particular los estudios hechos en la Sociedad, habían revelado claramente, la preferencia debía inclinarse por el sistema rígido consagrado el Acta que definía al agresor, pues sus inconvenientes eran ampliamente superados por las ventajas que se calculaba ofrecía”*⁷⁶. Aunque la propuesta contó con el firme apoyo de los representantes de Francia, China y Lituania, Alemania y España estaban en franca oposición. También el Reino Unido, Italia, Hungría y Bulgaria habían manifestado sus ob-

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ SDN, “Minutes of the General Commission”, *Records of the Conference for the Reduction and Limitation of Armaments*, Series B., vol. II, Ginebra, 14 de diciembre de 1932- 29 de junio de 1933, pp. 499-502, 547-559, disponible en: <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia19.html>, al 20 de octubre de 2014.

jeciones al proyecto⁷⁷, al inclinarse estas delegaciones por un sistema elástico. Ante este panorama, y no obstante los esfuerzos de Politis por llegar a una solución negociada, al invitar a los Estados que se opusieran a que presentaran enmiendas, no se tomó ninguna decisión al respecto y el proyecto, probablemente el más específico de cuantos se hubieren intentado en la historia de la Sociedad de las Naciones, fue abandonado. No obstante, con el transcurso del tiempo, la propuesta de Politis se convirtió en “*el punto de partida de todos los escritos sobre la definición del agresor*”⁷⁸.

VIII. La práctica de la Sociedad de las Naciones en materia de agresión

Si bien en sus dos décadas de existencia la Sociedad debió enfrentarse a numerosas crisis que involucraron actos de fuerza y el recurso a la guerra, pocas lograron activar los mecanismos de seguridad colectiva previstos en el Pacto, y en ningún caso de manera plenamente efectiva. Son pertinentes, a los efectos de nuestro análisis, los casos de la invasión italiana a Etiopía en 1935 y la invasión soviética a Finlandia en 1939.

1. La invasión italiana a Etiopía

El 3 de octubre de 1935, Italia invadió Etiopía⁷⁹. Incluso antes de la invasión, cuando el nivel de conflicto entre ambos Estados se elevaba, Etiopía formalmente solicitó al Consejo que considerara la controversia en los términos del procedimiento establecido en el Pacto. Cuando esto falló, un Comité de seis Estados, presentó su conclusión al Consejo el 7 de octubre, señalando que “*El Gobierno italiano ha recurrido a la guerra en violación de su obligación en virtud del artículo 12 del Pacto de la Sociedad de las Naciones*”⁸⁰. Todos los miembros del Consejo, excepto Italia, aceptaron esta conclusión. Un Comité de Coordinación recomendó sanciones contra Italia, incluyendo embargos de armas y créditos, y boicots comerciales. Estas sanciones, no obstante, se alejaron de las previstas en el art. 16 del Pacto, en particular por las vacilaciones de Francia y el Reino Unido a la luz de sus intereses para con Italia⁸¹. En la práctica, las sanciones no fueron efectivas y el sistema del art. 16, que por primera vez se había puesto en funcionamiento, fracasó. Lo interesante del caso es que, si bien los Estados se comportaron en la práctica considerando a Italia como agresor, en los documentos pertinentes de la Sociedad no hay referencia explícita alguna a la “agresión”, limitándose los mismos a sostener que Italia había incumplido sus obligaciones en virtud del Pacto de no recurrir a la guerra.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ TSAGOURIAS, NICHOLAS, “Nicolas Politis’ Initiatives to Outlaw War and Define Aggression, and the Narrative of Progress in International Law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 23, N° 1 (2012), pp., 255-266, p. 259.

⁷⁹ Para una descripción detallada de los hechos y de las medidas tomadas por la Sociedad de las Naciones, v. SPENCER, JOHN H., “The Italian-Ethiopian Dispute and the League of Nations”, *The American Journal of International Law*, Vol. 31, N° 4 (1937), pp. 614-641.

⁸⁰ WRIGHT, QUINCY, “The Test of Aggression in the Italo-Ethiopian War”, *The American Journal of International Law*, Vol. 30, N° 1 (1936), pp. 45-56, p. 47.

⁸¹ DANCHIN, PETER G., “Things fall apart: the concept of collective security in international law”, en DANCHIN, PETER G. - FISCHER, HORST, *United Nations Reform and the New Collective Security*, Cambridge University Press, 2010, pp. 35-75, p. 37.

2. La invasión soviética a Finlandia

Precedida por un período de conflictos políticos y diplomáticos, el 30 de noviembre de 1939 se produjo la invasión de parte del territorio de Finlandia por fuerzas armadas soviéticas. La URSS había concluido con Finlandia un Tratado de no agresión en 1932, y Finlandia se había adherido en 1934 a la Convención sobre la Definición de la Agresión que la URSS había promovido fuera del sistema de la Sociedad de las Naciones, y que adoptaba el proyecto del informe Politis, basado a su vez, en su propia iniciativa presentada a la Conferencia de Desarme. Tan solo dos días antes de la invasión, y con la tensión en franco aumento, la URSS había declarado que ya no se encontraba vinculada por tales obligaciones respecto de Finlandia. El asunto fue llevado a la Sociedad, y si bien Finlandia estuvo dispuesta a someterse a los métodos de arreglo de controversias, la URSS no lo aceptó. El 14 de diciembre de 1939, la Asamblea aprobó una resolución por la que *“considerando, que por la agresión que ha cometido contra Finlandia, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas ha fallado en observar no solo sus acuerdos políticos especiales con Finlandia, sino también el artículo 12 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Pacto de París”*⁸², solemnemente condenó *“la acción tomada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas contra el Estado de Finlandia”* y llamó urgentemente *“a todo Miembro de la Sociedad a proveer a Finlandia con la asistencia material y humanitaria que esté a su alcance y se abstenga de cualquier acción que pueda debilitar el poder de resistencia de Finlandia”*⁸³. La Asamblea también consideró que la URSS no había solamente violado el Pacto, sino que por su propia acción se había colocado fuera del mismo, y recomendó al Consejo pronunciarse sobre la cuestión, en virtud del art. 16, párr. 4 del Pacto, que disponía: *“Puede ser excluido de la Sociedad todo miembro que se hubiera hecho culpable de la violación de algunos de los compromisos resultantes del pacto. La exclusión se pronunciará por el voto de todos los demás miembros de la sociedad representados en el Consejo”*. Finalmente, el Consejo se asoció a la condena efectuada por la Asamblea (aunque sin mencionar la palabra “agresión”) y, en virtud de la citada norma, declaró que la URSS ya no era más un Miembro de la Sociedad. La base jurídica de tal medida fue el incumplimiento de las obligaciones del Pacto de la Sociedad, así como de otras obligaciones que la URSS había asumido respecto de Finlandia —incluyendo la definición de la agresión que el propio Estado soviético había propuesto—. Sin embargo, no se tomó ninguna medida ulterior respecto de esta acción. La Segunda Guerra Mundial había estallado y la Sociedad de las Naciones ya no tenía cabida en la nueva realidad.

IX. La importancia de la labor de la Sociedad de las Naciones en materia de agresión

No obstante el fracaso general de la Sociedad de las Naciones al no poder impedir la Segunda Guerra Mundial y particular en materia de agresión, al no lograr consensuar ninguna definición de la agresión, ni una prohibición vincu-

⁸² Se refiere al Pacto Briand-Kellogg.

⁸³ SDN, “107th Session of the Council - Second Meeting 14/XII/1939”, *League of Nations Official Journal*, Nov-Dic. 1939, pp. 505-508, 531-541, disponible en <http://www.derechos.org/peace/dia/doc/dia22.html>, al 20 de octubre de 2014.

lante de la misma, los esfuerzos desplegados en esta materia constituyeron importantes antecedentes en las discusiones posteriores en el seno de las Naciones Unidas. Estos antecedentes no sólo revisten carácter histórico, sino, que, como lo hemos insinuado a lo largo del trabajo, delinearon gran parte de los debates ulteriores y es posible encontrar en la definición y caracterización actual de la agresión muchos de los rasgos adelantados durante la labor del sistema ginebrino.

Así, podemos clasificar los aportes de este proceso comenzado en Versalles en dos grandes áreas, coincidentes con la distinción que señaláramos desde el inicio y que marca cualquier estudio sobre la agresión: la consideración de la agresión como hecho ilícito del Estado y su prohibición, y la agresión como crimen de responsabilidad penal individual.

1. Los aportes en materia de la prohibición del acto estatal de agresión

Como se vio, la Sociedad de las Naciones no llegó a ningún acuerdo vinculante acerca de la prohibición de la agresión ni tampoco sobre su definición. Como también se adelantó, la Definición de la Agresión se alcanzó recién en 1974 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, aunque mediante un instrumento no vinculante —la resolución 3314 (XIX)—, tras muchos años de negociación.

La resolución combina una definición general de agresión en el art. 1º con una enumeración de actos que se consideran como “actos de agresión” en el art. 3º. Así, el art. 1º dispone: “*La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas*”. Aunque abrevia directamente en el art. 2º, párr. 4º de la Carta de las Naciones Unidas⁸⁴, no puede negarse que los antecedentes de la mención a la integridad territorial y la independencia política de los Estados como bienes afectados por la agresión pueden rastrearse hasta el art. 10 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, aunque los mismos no hayan jugado un papel relevante en los intentos de definición de la agresión que estudiamos. Tampoco puede negarse, no obstante, que la Sociedad de las Naciones no llegó a ningún tipo de definición de tipo general que se acercara a la establecida en este art. 1º.

Por su parte, el art. 3º dispone que “*cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, na-*

⁸⁴ Que establece el principio de la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza, al disponer: “*Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*”.

vales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.” Como se advierte de su sola lectura, varias de las disposiciones de los apartados citados encuentran correspondencia con antecedentes en la Sociedad de las Naciones. La declaración de guerra, que jugaba un papel importante en los intentos de definición, y había sido incluido en el listado de actos de 1933 (tanto en la propuesta soviética como en el proyecto del informe Politis) es irrelevante, pero el supuesto de invasión (apart. a), estaba previsto como segundo acto en ambos listados, mientras que el ataque al territorio (segundo supuesto del apart. a) había sido mencionado por el Comité Especial en 1923, y constituía el tercer acto en el listado del proyecto Politis; el bombardeo del territorio de otro Estado (apart. b) era el primer supuesto del tercer acto en el listado de la propuesta soviética; el bloqueo de costas o puertos (apart. c) era el cuarto acto de ambos listados; el ataque contra las fuerzas de otro Estado (apart. d) era el segundo supuesto del tercer acto en ambos listados; la utilización de fuerzas armadas que se encontraban en territorio de otro Estado en virtud de un acuerdo en violación a las condiciones establecidas en ese acuerdo (apart. e), estaba en el quinto acto de la propuesta soviética, pero no fue incluido, como vimos, en el informe Politis; la puesta a disposición del territorio de parte de un tercer Estado (apart. f) es un caso original que no tiene antecedentes en los trabajos de la Sociedad de las Naciones aquí reseñados; finalmente, el caso de la agresión indirecta a través de bandas armadas o grupos irregulares (apart. g), fue una problemática que ya se había advertido en los informes de la Comisión Asesora y el Comité Especial en 1923, y que —ausente en la propuesta soviética— se incluyó como quinto acto en el proyecto del informe Politis.

La enumeración del art. 3º, a diferencia de lo que se establecía en el informe Politis respecto del proyecto de Acta de 1933, es ejemplificativa, según surge claramente del art. 4º de la Definición: *“La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta”*. La diferencia se explica por cuanto la Definición se inserta en el marco de un sistema de seguridad colectiva que confiere al Consejo de Seguridad el poder de calificar una situación como “acto de agresión”⁸⁵.

Vinculado a este poder se encuentra la facultad que el art. 2º de la Definición reconoce al Consejo y que también tiene antecedentes en la Sociedad de las Naciones. Su texto es el siguiente: *“El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de*

⁸⁵ Es lo que surge del art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone: *“El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión...”*.

agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad". La norma consagra la regla del primer uso de la fuerza (que estaba presente en los proyectos de 1933) pero al nivel de presunción (similar en la forma —pero no en cuanto al fondo— al art. 10 del Protocolo de 1924) y a la vez soluciona diferentes problemas que se habían planteado en las discusiones en la Sociedad: en primer lugar, al permitir un margen de discreción al Consejo de Seguridad da lugar a las consideraciones de índole político que pueden ser necesarias para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como advertía el memorándum Rutger de 1928; en segundo lugar, dota a la definición de mayor elasticidad, como pedían los Estados críticos al proyecto de 1933; en tercer lugar, al permitir evaluar "otras circunstancias pertinentes", deja espacio al análisis de si hubo en el caso *animus aggressionis* o intención agresiva, tema presente en la discusión desde el Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua de 1923; finalmente, al mencionar la "suficiente gravedad" como una de esas circunstancias, permite efectuar distinciones entre la agresión, que de acuerdo al quinto párrafo del preámbulo de la Definición, "constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza" y otros usos menos graves de la fuerza, pero igualmente ilícitos⁸⁶, como ya se había insinuado en el informe del Comité Especial de 1923 al señalar que para ser considerado agresión, un ataque debía ser "a gran escala".

Finalmente, también en el art. 5º de la Definición encontramos antecedentes de la Sociedad de las Naciones. El mismo dispone, en sus dos primeros párrafos: "1. Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión. 2. La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional". El primer párrafo tiene su evidente origen en la propuesta soviética de 1933 y sigue la redacción simplificada que estaba en el art. 2º del proyecto del informe Politis. El segundo párrafo plantea la compleja cuestión de la aparente distinción entre la "guerra de agresión" y la "agresión" (o "acto de agresión"): mientras la primera sería un "crimen contra la paz internacional", la segunda sólo generaría responsabilidad internacional. ¿Se trata de dos conceptos diferentes o es uno solo? La distinción, que nunca estuvo clara en las iniciativas de la Sociedad de las Naciones, surgió, como vimos, en el proyecto

⁸⁶ La Corte Internacional de Justicia se ha hecho eco de esta distinción en el ya citado caso de la *Actividades militares y para militares en y contra Nicaragua*: "En lo que respecta a ciertos aspectos particulares del principio en cuestión [el principio de la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza], será necesario distinguir las formas más graves del uso de la fuerza (aquellas que constituyen un ataque armado) de las formas menos graves. Al determinar la regla jurídica que se aplica a estas últimas, la Corte puede abreviar nuevamente en las formulaciones contenidas en la Declaración de los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General). Como ya se ha observado, la adopción por los Estados de este texto provee una indicación de su opinión juris acerca del derecho internacional consuetudinario sobre la cuestión. Junto a ciertas descripciones que pueden hacer referencia a la agresión, este texto incluye otras que se refieren solamente a formas menos graves de uso de la fuerza" (CIJ, *Militarv and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 191). V. también STEIN, MARK S., "The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council's power to determine Aggression?", *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 16 (2005), pp. 1-36, p. 21.

de los particulares estadounidenses de 1924, y está insinuada en el Protocolo de Ginebra de ese año. Por otro lado, el proyecto de Tratado de Asistencia Mutua como la resolución de la Asamblea de 1927 se refirieron en exclusivo a la “guerra de agresión”, mientras que los proyectos de 1933, sólo a los “actos de agresión”. El interrogante permanece sin resolver en la actualidad, pero no nos impide señalar que el art. 5º, al calificar a la guerra de agresión como un crimen, se hace eco de los precedentes de 1923, 1924 y 1927 de la Sociedad de las Naciones en el mismo sentido, y al declarar la responsabilidad internacional (del Estado) por todos los actos de agresión concreta con sólido fundamento en derecho una idea que estaba en el pensamiento internacional desde la Conferencia de Paz de París.

2. Los aportes en materia de responsabilidad penal individual

Ninguno de los antecedentes reseñados, con excepción del art. 227 del Tratado de Versalles y las discusiones relativas al mismo, plantea la agresión como un crimen de responsabilidad penal individual, y es difícil sostener que la consideración de la agresión como un “crimen internacional” se aplique a supuestos diferentes al de la responsabilidad estatal.

Sin embargo, ello no impidió que, en 1946, el Tribunal Militar Internacional recurriera a estos precedentes en su conclusión de que en 1939 la agresión era un crimen internacional y daba lugar a responsabilidad individual. Así, el Tribunal de Núremberg hizo expresa mención del proyecto de Tratado de Asistencia Mutua de 1923, sosteniendo que la principal objeción al mismo era “*la dificultad de definir los actos que constituirían ‘agresión,’ en lugar de cualquier duda acerca de la criminalidad de la guerra de agresión*”⁸⁷. También menciona el Protocolo de 1924, y afirma que, aunque no haya sido ratificado, el mismo “*puede ser considerado como una fuerte evidencia de la intención de denominar a la guerra de agresión como un crimen internacional*”⁸⁸. Luego de mencionar la resolución de la Asamblea de 1927, y otros precedentes (como el Pacto Briand-Kellogg), el Tribunal llegó a la conclusión de que: “*el recurso a la guerra de agresión no es solamente ilícito, sino que es criminal. La prohibición de la guerra de agresión demandada por la conciencia del mundo, encuentra su expresión en la serie de pactos y tratados a los que el Tribunal se ha referido*”⁸⁹. El Tribunal también citó el art. 227 del Tratado de Versalles para fundar una de las conclusiones más célebres de su sentencia: “*Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo mediante el castigo a los individuos que comentan tales crímenes pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional*”⁹⁰.

Puede resultar difícil compartir los argumentos del Tribunal de Núremberg en este sentido: no obstante su esfuerzo argumental, insistimos, los antecedentes aquí estudiados no permiten concluir que las disposiciones relativas a la agresión elaboradas en la Sociedad de las Naciones tuviera por objeto establecer tipos penales, ni responsabilizar a individuos por la comisión de crímenes internacionales. Pero tampoco se puede dudar de que gran parte de la noción de

⁸⁷ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Núremberg, 1947, p. 221.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 222.

⁸⁹ *Ídem.*

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 223.

responsabilidad penal individual por crímenes internacionales tiene su origen en la citada sentencia, y que, en parte gracias a ella, la agresión es en la actualidad —fuera de toda duda— no sólo un hecho ilícito del Estado, sino también un crimen internacional de responsabilidad penal individual, tanto en el derecho consuetudinario como en el derecho convencional⁹¹.

X. Consideraciones finales

El análisis que aquí hemos realizado demuestra que la necesidad de prohibir la agresión y de adoptar un sistema de prevención y sanción de la misma ha sido una preocupación constante de la sociedad internacional en el último siglo.

La Gran Guerra de 1914-1918 pareció convencer a los líderes mundiales de la importancia de cooperar entre sí para evitar que una catástrofe de igual magnitud volviera a suceder. Los esfuerzos aquí reseñados, debidos en muchos casos a iniciativas de individuos particulares con mayor o menor apoyo de sus gobiernos, son un indicador de esa convicción. Sin embargo, muy pronto afloraron intereses y mezquindades de diversa índole que echaron por tierra tales iniciativas y dieron valor profético a la célebre frase de quien fuera el Generalísimo de los Ejércitos Aliados, el Mariscal Foch, cuando tras la firma del Tratado de Versalles sentenció: *“Este no es un tratado de paz, sino un armisticio de veinte años.”*

En efecto, pasadas las dos décadas predichas, el horror reiterado y magnificado de la Segunda Guerra Mundial se volvió el catalizador que generó en la conciencia de los Estados la necesidad de erradicar para siempre el flagelo de la guerra y prohibir la agresión, haciendo a sus autores —estatales e individuales— responsables de un crimen internacional.

Ello no obsta a que rescatemos los precedentes de la Conferencia de Paz y de la Sociedad de Naciones, no solo por su valor histórico y jurídico, demostrado a lo largo de estas páginas, sino también profundamente simbólico, como recordatorio de la muchas veces titánica tarea de la humanidad de oponer, frente al prepotente derecho de la fuerza, la noble fuerza del Derecho.



⁹¹ Al respecto, el párr. 1º del art. 8º bis del Estatuto de Roma dispone: *“A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.”*

LA INTEGRACIÓN REGIONAL: INSTRUMENTO PARA EL DESARROLLO***

Ernesto J. Rey Caro*** - Graciela R. Salas****

Resumen: A partir de la caracterización de la integración latinoamericana, identificamos los conceptos de integración y de desarrollo, y su evolución en el ámbito de lo social y particularmente de los derechos humanos, en el que se inscribe el moderno concepto de desarrollo. Ambos conceptos son multidimensionales e incluyen iniciativas de coordinación, cooperación, convergencia e integración profunda, y cuyo alcance abarca temáticas económicas y comerciales, como así también políticas, sociales, culturales y ambientales.

Por otra parte, ya desde 1992, en ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y en 2002 con la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, el concepto de desarrollo venía siendo complementado por su vinculación con el medio ambiente. Por su lado en la *Declaración del Milenio*¹ la concepción del desarrollo a la que remite está asentada en el proceso de realización más pleno de los derechos humanos, en todas sus dimensiones, incluido el derecho al desarrollo.

Palabras clave: integración - regional - desarrollo.

La integración latinoamericana

1. Rasgos y características

Nos encontramos ante procesos de integración intra - latinoamericanos² que presentan al menos cinco rasgos específicos, que los diferencian de los existentes en otras regiones. El primero es la mayor *homogeneidad*³, no sólo geográfica, histórica y cultural, sino también de niveles y condiciones de vida y desarrollo.

El segundo es el respeto a las *instituciones democráticas*, como condición *sine qua non* para pertenecer a los acuerdos regionales o al menos para el ejerci-

* Recibido 11/05/2016 - Aprobado 23/09/2016.

** Este trabajo forma parte del proyecto de investigación sobre "La integración regional: instrumento para el desarrollo", desarrollado por el equipo de investigación dirigido por la Dra. Graciela R. Salas, con la co-dirección de la Dra. Adriana Dreizyn de Klor e integrada por el Dr. Ernesto J. Rey Caro, Laura Casola, Candela Villegas y Cristina Britos, SECYT, período 2014-2015.

*** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Emérito (UNC). Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (1983-1995). Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

**** Abogada. Doctora en Derecho. UNC. Titular de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Blas Pascal (modalidad presencial).

¹ A/Res.55/2. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.

² CAN, MERCOSUR, MCC, CELAC, CARICOM.

³ CEPAL, FRANCO, ROLANDO - DI FILIPPO, ARMANDO (Compiladores), *Las dimensiones sociales de la integración regional en América Latina*. Estos autores la denominan "cercanía". Sin embargo, teniendo en cuenta tanto las dimensiones de la región como la magnitud de los accidentes geográficos que dividen las respectivas jurisdicciones nacionales, tal parece que ese concepto no sería el más adecuado en tanto especialmente estos últimos han venido operando como auténticos impedimentos a la integración física de los estados de la región (p. 25).

cio pleno de los derechos en el seno de los mismos⁴. Una tercera característica es la *descentralización* de las estrategias de desarrollo y a la mayor autonomía de los gobiernos subnacionales (niveles provincial y local)⁵ para desarrollar iniciativas que contribuyan a la integración latinoamericana, como en el caso de las provincias fronterizas afectadas por los acuerdos subregionales de integración. La cuarta nota distintiva es la explícita decisión establecida en los acuerdos de profundizar la integración económica, avanzando en la formulación de *regímenes y políticas convergentes (coordinadas, armonizadas, o incluso comunes)* tanto que afecten los espacios integrados, como que impliquen un posicionamiento concertado frente al resto del mundo, de lo que dan marcadas muestras la sucesión de reuniones de ministros y representantes de áreas específicas y la conformación de grupos y subgrupos de trabajo. El quinto rasgo, vinculado al anterior, se refiere a la decisión de avanzar finalmente hacia el establecimiento del mercado común, adoptada por MERCOSUR, la CAN, la CELAC y del MCCA, entre otros. Ahora bien, estos avances vienen generando la necesidad de reconocer *garantías a los derechos individuales, sociales y económicos* de los habitantes de cada uno de estos procesos de integración, sin perder de vista a *los migrantes* de otros países miembros.

Los resultados a los que arribamos, tienen como propósito trascender los muros de la Universidad pues a los efectos de que resulte eficaz, es menester su difusión, lo que se logra con la publicación en revistas científicas como este Anuario. Se trata de un documento científico, académico, empero de profunda calidad práctica pues el propósito que nos anima es incorporarlo como documento de trabajo a la hora de analizar tanto la evolución de dichos procesos como el rol que desempeña la complementariedad de los conceptos de integración y de desarrollo. Se aseguran estos resultados con la publicación de la totalidad del trabajo y de los aportes individuales por diversos medios científicos.

En el caso particular de MERCOSUR, el Tratado de Asunción no contenía compromisos o mecanismos orientados a promover o regular la dimensión social de los acuerdos de integración, sin embargo, ésta aparece ya en el preámbulo del Tratado de Asunción que en uno de sus considerandos dice: *“la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”*. En esto se siguen preceptos ya formulados por Bela Balassa, en los años ‘60 quien sostenía que *“la integración social también puede ser mencionada como una precondition para una integración económica total”*⁶. En otro de sus considerandos hace referencia a *“la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de*

⁴ Derivado de los Protocolos de Ushuaia I y II en MERCOSUR, aunque no existan cláusulas de exclusión, sino mecanismos de suspensión en el ejercicio de los derechos de un Estado Parte. Así ocurrió en ocasión de la destitución del Presidente Fernando Lugo en Paraguay. También se observa una importante trayectoria en la aplicación de la Carta Democrática Americana, celebrada en el ámbito de la OEA.

⁵ Esta profundización aparece en diversos instrumentos, así lo vemos en “El futuro que queremos para todos. Informe para el Secretario General”, Nueva York, 2012, p. 8, donde se incluye la agenda Post 2015. Disponible en: http://www.un.org/en/development/desa/policy/untaskteam_undf/untreport_sp.pdf.

⁶ BALASSA, BELA, *The theory of economic integration*, R. D. Irwin, 1961, p. 2.

mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”, de lo que se infiere que desde el comienzo existió un objetivo claro hacia la consecución de objetivos que excedían lo meramente económico.

En mayo de 1991, se reunieron en Montevideo los Ministros de Trabajo del MERCOSUR y emitieron una declaración en la que reconocían la necesidad de atender los aspectos laborales y sociales para que la integración signifique un efectivo mejoramiento en las condiciones de trabajo vigentes en los países que suscribieron el T.A. También aceptaron “*estudiar la posibilidad de suscribir un instrumento, en el marco del Tratado de Asunción, que contemple las ineludibles cuestiones laborales y sociales que traerá consigo la puesta en marcha del Mercado Común del Sur*”. Por último, se comprometieron a prestarse “*toda la cooperación necesaria para el recíproco conocimiento de los regímenes propios vinculados al empleo, la seguridad social, la formación profesional, y las relaciones individuales y colectivas de trabajo*”. Ésta y las sucesivas reuniones de los Ministros de Trabajo, pueden categorizarse, al menos por ahora, como *Acciones de Consulta y Cooperación*.

En su primera reunión, los Ministros anticiparon la creación del Subgrupo de Trabajo N° 11 para el estudio de las Relaciones Laborales, el Empleo y la Seguridad Social, el que fue establecido formalmente en la segunda reunión del Consejo del Mercado Común del Sur (1992). De estos grupos de trabajo podrían surgir convenios vinculantes orientados a reconocer *derechos y garantías comunitarios*.

La última década del pasado siglo se caracterizó por la crisis económica que afectó a los estados de la región y por ende al proceso de integración. Sin embargo, la firma de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR no fue suficiente aliciente hasta que la profunda crisis que se vivió en los Estados Parte hizo que los asuntos sociales se mostraran prioritarios para la estabilización de este proyecto.

En el año 2000 los integrantes de MERCOSUR firmaron la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social, de la que surge con claridad la necesidad de profundizar la dimensión social dado que todos los aspectos del proceso deben avanzar en forma coordinada. A la Carta de Buenos Aires le siguió la decisión del Consejo Mercado Común de crear la Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social (RMDS)⁷, encargada de coordinar las políticas y acciones conjuntas orientadas hacia el desarrollo social de los Estados Parte del bloque. En torno a este órgano surgió luego un espacio de debate sobre diversos asuntos sociales, conocido como MERCOSUR Social.

En el mismo orden se creó el Instituto Social del MERCOSUR (2007)⁸, órgano técnico que depende de la Reunión de Ministros de Desarrollo Social cuya tarea es la de realizar investigaciones en políticas sociales con el objeto de contribuir a la consolidación de la dimensión social como pilar fundamental del proceso de integración regional. En otras palabras, el Instituto Social del MERCOSUR trabaja en iniciativas que ayuden a superar las asimetrías sociales y promover el desarrollo humano sustentable⁹.

El siguiente paso fue la formulación del Plan Estratégico de Acción Social¹⁰ (PEAS). Éste está estructurado en diez líneas de acción: 1. Erradicar el

⁷ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 61/00.

⁸ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 03/07.

⁹ Ver <http://isMERCOSUR.org/institucion/>.

¹⁰ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 12/11.

hambre, la pobreza y combatir las desigualdades sociales; 2. Garantizar los derechos humanos, la asistencia humanitaria y la igualdad de género, racial y étnica; 3. Universalizar la salud pública; 4. Universalizar la educación y erradicar el analfabetismo; 5. Valorar y promover la diversidad cultural; 6. Garantizar la inclusión productiva; 7. Asegurar el acceso al trabajo decente y a los derechos a seguridad social; 8. Promover la sustentabilidad medioambiental; 9. Asegurar el diálogo social; y 10. Establecer mecanismos de cooperación regional para implementar y financiar políticas sociales. Cada una de dichas líneas de acción es puesta en práctica mediante directivas que describen acciones concretas para el logro de los objetivos. Por la amplitud de las materias cubiertas por el PEAS, el documento es considerado una hoja de ruta para los órganos y agencias del MERCOSUR que trabajan en esta temática. Complementando lo anterior, en el mismo año se creó la Comisión de Coordinación de Ministerios de Asuntos Sociales del MERCOSUR¹¹, que incluye a los Ministros y Autoridades de todas las áreas sociales, como una especie de foro regional para el debate y coordinación del sector.

Recordemos también que MERCOSUR cuenta con la posibilidad de establecer órganos destinados a dar representación a los intereses de los grupos socioeconómicos, vale decir *órganos de representación social y política* aunque, como una muestra del escaso interés de los redactores del T.A. por los temas sociolaborales, el único que se creó fue el Consejo Industrial del MERCOSUR, con el objetivo de canalizar el diálogo entre las entidades empresariales industriales respecto de los temas comunes de la integración, con énfasis en la competitividad industrial. Quedó integrado por la Unión Industrial Argentina, la Confederación Nacional de la Industria de Brasil, la Unión Industrial Paraguaya, y la Cámara de Industrias del Uruguay. Tras la reunión de Ouro Preto (1994), el Consejo Industrial quedó subsumido en el Foro Consultivo Económico-Social, órgano de representación de los sectores sociales y económicos con funciones consultivas y habilitado a formular recomendaciones. De las reformas planteadas a partir de esta reunión se derivó el fortalecimiento de los *derechos y garantías comunitarios*, particularmente desde la creación del Foro Consultivo Económico-Social que implica una ampliación a otros segmentos sociales (trabajadores, consumidores, etc.) y es un órgano de representación social.

Dentro de este contexto general es donde se fueron desarrollando políticas en determinadas áreas como aquellas instrumentadas contrala práctica aberrante del tráfico de personas y el tráfico de migrantes, en todas sus formas, que exige la adopción de medidas concertadas a nivel regional así como el fortalecimiento de la cooperación entre los países para combatir con mayor eficacia esta actividad criminal de carácter típicamente transnacional. Restan adoptar otras, en ocasiones reservadas a las actividades de las empresas en materia de responsabilidad social de la empresa enfocada desde la actividad minera en el MERCOSUR, entre otras.

2. El concepto de integración

La definición de este concepto recorre muchos años de los procesos protagonizados por diferentes regiones del mundo, particularmente de nuestro continente. No nos extenderemos en los casos más remotos en los que la integra-

¹¹ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 39/08.

ción fue intentada a través del uso de la fuerza, especialmente en el continente europeo, ya desde las campañas napoleónicas. Preferimos concentrarnos en los intentos de mantener la antigua unidad de las colonias iberoamericanas, y más particularmente en la segunda mitad del pasado siglo.

Fue en esa época en la que se perfilaron con mayor precisión las diferentes etapas en la evolución de este concepto. Partiendo de la idea de la integración como un proceso de base casi prioritariamente económica, reducida al grupo de estados integrados, pasando por una etapa ya intermedia en el regionalismo abierto. Es así que llegamos al concepto actual, en virtud del cual se considera que *“La integración regional constituye un proceso multidimensional cuyas expresiones incluyen iniciativas de coordinación, cooperación, convergencia e integración profunda, y cuyo alcance abarca no solo las temáticas económicas y comerciales, sino también las políticas, sociales, culturales y ambientales”*¹².

Como puede observarse se reconoce *ab initio* su condición de proceso, y en consecuencia, las características que de ello derivan para cada uno de los esquemas, incluyendo etapas o mecanismos de intergubernamentalidad, al tiempo que va alcanzando a las distintas capas de la vida de los estados que lo conforman. En cuanto al alcance, como decíamos más arriba, ha superado la etapa primigenia, se va profundizando y extendiendo a otras áreas. Ahora bien, quedan asimismo precisadas las etapas de ese proceso, que avanza desde la coordinación y la cooperación, es decir desde la intergubernamentalidad de las organizaciones internacionales de tipo clásicas, pasando por la convergencia hasta alcanzar esa integración profunda en la que aparecen los rasgos comunitarios de esquemas como el europeo o el andino actualmente.

En cuanto al contenido de estos procesos, actualmente se reconoce que la integración ya no se entiende como un proceso económico o comercial, sino que se profundiza en todos los ámbitos que hacen a la vida de los Estados que integran un esquema de integración e inclusive los trasciende cuando se trata del alcance de las cuestiones ambientales que de alguna manera cierran el círculo de la integración y se proyecta inclusive sobre el desarrollo.

3. El concepto de desarrollo

Del mismo modo que el concepto de integración, el concepto de desarrollo a su vez ha experimentado una extensa evolución en la que inclusive se ha producido su redefinición. En efecto, el desarrollo se vinculaba originariamente a un modelo anclado en el mercado, sin que llegara a orientar definitivamente a la región hacia un crecimiento incluyente, poniendo así en evidencia la fragilidad del modelo primario exportador de América del Sur y la dependencia de la región norte de América Latina y el Caribe respecto del devenir de la economía de los Estados Unidos. Este modelo se traducía en mediciones conforme a determinados parámetros aplicables a partir de clasificaciones comunes como Estados desarrollados, o en vías de desarrollo. Más recientemente se ha avanzado hacia conceptos como desarrollo global y de las naciones, con acento aquí en objetivos con vencimiento en 2015 o aún más allá¹³.

¹² CEPAL, *Integración regional: hacia una estrategia de cadenas de valor inclusivas*, Prólogo.

¹³ Informe del Secretario General acerca de la hoja de ruta hacia la implementación de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, 6 de septiembre de 2001, A/56/326/ p. 56.

Por otra parte, a nivel mundial se viene discutiendo la Agenda para el Desarrollo post-2015 sobre tres ejes centrales: derechos humanos, igualdad y sostenibilidad, continuando con las metas y objetivos de los Objetivos del Milenio, a los que se agregan el crecimiento económico incluyente, el empleo de calidad, la gobernanza y las instituciones y la seguridad de la población¹⁴. La importancia de esta tarea ha motivado una continuidad de la tarea, emprendida ya con la creación del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, y que se ha expedido con el documento *Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible*, Naciones Unidas, 2013. En este documento se destaca el rol de las acciones regionales en aplicación del concepto desarrollo sostenible, sin descartar la importancia de su aplicación por parte de los estados, como así también a nivel subnacional.

Se observa así una nueva cultura de la integración y en los últimos años la integración, caracterizada en ocasiones por marchas y contramarchas, parece encontrar por el momento un nuevo espacio propicio para el diálogo regional¹⁵, y en consecuencia un nuevo impulso.

Por otra parte, ya desde 1992, en ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁶ y en 2002 con la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible¹⁷, el concepto de desarrollo venía siendo complementado por su vinculación con el medio ambiente. Por su lado en la *Declaración del Milenio*¹⁸ la concepción del desarrollo a la que remite está asentada en el proceso de realización más pleno de los derechos humanos, en todas sus dimensiones, incluido el derecho al desarrollo¹⁹. De esta manera, ya es indiscutible el vínculo existente entre el desarrollo económico y el desarrollo social²⁰.

Todo ello nos lleva a enfocar el concepto de desarrollo desde las múltiples dimensiones del desarrollo sostenible: económico, social y medioambiental²¹, en una concepción que ya no es unidimensional, ya que no se trata sólo de lograr crecimiento económico sino que priman la interdependencia y la integración de esfuerzos.

En este contexto entonces el desarrollo sostenible ha sido definido como *“un proceso de cambio en el que la explotación de los recursos, las inversiones, la*

¹⁴ *Planificación para el desarrollo y la integración regional. Propuesta estratégica de mediano plazo para la cooperación del ILPES con los países de América Latina y el Caribe*, p. 10.

¹⁵ CEPAL, *Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2012.

¹⁶ Programa 21, convenidos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo II).

¹⁷ ALONSO, JOSÉ ANTONIO Y OTROS. *“La idea de la convergencia de los países pobres a las condiciones de los ricos, que dominó la teoría del desarrollo en el pasado, ya no es posible mantenerla: ambos tipos de países, pobres y ricos, están emplazados a transitar hacia un modelo de producción y de consumo distinto, que preserve las condiciones de sostenibilidad”*. *Compromiso global por un desarrollo incluyente y sostenible: Consideraciones sobre la agenda post-2015*, p. 11.

¹⁸ A/Res.55/2. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.

¹⁹ Declaración del Milenio A/Res.55/2. *“V. Derechos humanos, democracia y buen gobierno. 24. No escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos”*, incluido el derecho al desarrollo.

²⁰ CEPAL, *La dimensión social del MERCOSUR. Marco conceptual*, p. 11.

²¹ Así lo indica también la publicación *Desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe. Seguimiento de la agenda de las Naciones Unidas para el desarrollo post-2015 y Río+20*, p. 11.

orientación del desarrollo tecnológico, y los cambios institucionales están en armonía con el gran objetivo de mejorar el potencial actual y futuro de satisfacer todas las necesidades y aspiraciones del ser humano"²², debe ser una parte fundamental de la nueva agenda de desarrollo global.

Por otra parte, en proyectos anteriores nuestro equipo abordó temas vinculados a los derechos humanos²³, y es en este punto en que se aprecia con meridiana claridad la relación existente entre los temas que venimos desarrollando y los derechos humanos. En efecto, el mundo actual exige una visión multidimensional del desarrollo, y si analizamos los objetivos post-2015, según las Naciones Unidas, es necesario volver a integrar temas que se consideraban superados a comienzos de este siglo, tal el caso de la reducción de las desigualdades entre los estados y el fortalecimiento de la justicia y la equidad²⁴, siempre a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En este punto se viene dando un importante avance en los procesos de integración, en los que las políticas públicas han venido adaptándose y produciendo algunos resultados en materia de planificación para el desarrollo y la integración regional²⁵.

Todo esto ha llevado a un proceso de renovación de las propuestas sobre desarrollo e integración.

4. La integración y el desarrollo en nuestra subregión

Estos avances en el tema que nos ocupa se vieron reflejados en diferentes reuniones convocadas en el seno del MERCOSUR, de las que surgieron las normas que establecen el marco dentro del cual los estados que integran este esquema de integración siguen este proceso.

Partiendo entonces del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR²⁶ (2001) encontramos una serie de instrumentos que muestran la vinculación de este proceso de integración subregional con el medio ambiente, en los términos establecidos también por la Organización Mundial del Comercio.

En el ámbito específico del Grupo Mercado Común encontramos la GMC/RES. N° 45/02²⁷ en la que se reconoce *la importancia que reviste la temática ambiental y la consecución del desarrollo sustentable en la consolidación y profundización del MERCOSUR* y actualiza las Pautas Negociadoras del Subgrupo de Trabajo N° 6.

Se indica como auténticos hitos²⁸:

- Iniciativa de Asunción sobre la lucha contra la pobreza extrema (2005) formulada en ocasión de la Cumbre Presidencial y vinculándola con la democracia;

²² World Commission on Environment and Development, 1987.

²³ SALAS, GRACIELA R., en base al proyecto *Derechos humanos ¿reaseguro para el MERCOSUR?* desarrollado por este equipo de investigadores entre 2012 y 2013.

²⁴ UN Committee for Development Policy, 2012.

²⁵ XIV Reunión del Consejo Regional de Planificación del ILPES. *Planificación para el desarrollo y la integración regional. Propuesta estratégica de mediano plazo para la cooperación del ILPES con los países de América Latina y el Caribe.*

²⁶ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 2/01.

²⁷ En cumplimiento de la Decisión N° 59/00 del Consejo Mercado Común y las Resoluciones N° 38/95 y 7/98 del Grupo Mercado Común.

²⁸ CEPAL, *La dimensión social del MERCOSUR. Marco conceptual*, p. 16.

- Comunicado Conjunto de los Presidentes del MERCOSUR en la misma ocasión, con eje en la reducción del déficit social para la promoción del desarrollo humano integral y la integración productiva.
- La creación del Instituto Social del MERCOSUR²⁹.

Dentro del marco de acción mercosureño en materia social se creó el Instituto Social del MERCOSUR, que formuló un Plan Estratégico de Acción Social (PEAS), aprobado en la cumbre de Asunción de 2011³⁰.

Otro de los hitos fue la Declaración de los Jefes de Estado firmada en Foz do Iguaçu (2010) en la que además se comienza a perfilar la expresión *desarrollo regional integrado*³¹, concepto al que se asoma el problema de las migraciones, especialmente de personas que provienen de países sin litoral marítimo. Esta es una cuestión que se va transformando en vital en el mundo moderno, siempre lo ha sido en nuestro continente, pero que excede los alcances de este trabajo.

Como decíamos más arriba, la vinculación de la creación y el desarrollo de las actividades normales del MERCOSUR con la vigencia de los derechos humanos y los sistemas democráticos ha sido una constante desde su creación, y se ha constituido en uno de los requisitos esenciales para el normal su desenvolvimiento, especialmente a partir de la celebración de los protocolos de Ushuaia I (1998) y el Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el MERCOSUR (Ushuaia II) de 2011. En efecto, ambos protocolos intentan cubrir una falencia que se observa a menudo en las organizaciones internacionales de integración, que no registran mayores antecedentes en la materia. En el caso de nuestra organización subregional se trata de aquilatar las experiencias vividas por los Estados Parte en épocas inmediatamente anteriores a su creación.

Sin embargo, no faltaría una ocasión en la que se pondría en funcionamiento el mecanismo previsto por el Protocolo de Ushuaia II. Fue el caso de la suspensión de Paraguay en el ejercicio de su "*derecho a participar en los órganos del MERCOSUR y de las deliberaciones en los términos del artículo 5º del Protocolo de Ushuaia*"³².

El 21 de julio de 2012, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR se pronunció en el procedimiento de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación a la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común de Sur y la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno³³.

La situación que dio origen al petitorio de Paraguay, se originó en la destitución por el Senado de la República de Paraguay, previa participación de la Cámara de Diputados, del Presidente Fernando Lugo, y la asunción del Vicepresidente Federico Franco en su reemplazo, hecho producido el día 22 de junio del mismo año.

En efecto, los Presidentes de los países Miembros del MERCOSUR en la reunión celebrada en la ciudad de Mendoza a fines de junio de 2012, adoptaron el día 29 de dicho mes una Decisión que rezaba: "*1. Suspender a la Repúbli-*

²⁹ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 03/07.

³⁰ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 03/07, 12/11.

³¹ Punto 9. Disponible en: http://www.adital.com.br/site/noticia_imp.asp?cod=53303&lang=ES.

³² Decisión sobre la Suspensión del Paraguay en el MERCOSUR en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático. Decisión adoptada en la reunión de la ciudad de Mendoza el 29 de junio de 2012.

³³ Cf. MERCOSUR, Tribunal Permanente de Revisión, Laudo N° 1/2012.

ca del Paraguay del derecho a participar en los órganos del MERCOSUR y de las deliberaciones, en los términos del artículo 5º del Protocolo de Ushuaia”³⁴. En los fundamentos se señala que de conformidad con este Protocolo sobre Compromiso Democrático, la plena vigencia de las instituciones democráticas se considera esencial para el desarrollo del proceso de integración, constituyendo tal ruptura “un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración”. Asimismo se destaca que conforme a los tratados fundacionales del MERCOSUR, la suspensión aparejaba la limitación en la participación de Paraguay en las deliberaciones de los órganos, “así como la pérdida de los derechos de veto y de voto”. Se menciona la “Declaración de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre ruptura del orden democrático en Paraguay”, emitida el 24 de junio del mismo año³⁵.

Paraguay recurrió en forma directa al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, en virtud de lo establecido por los arts. 1º y 23 del Protocolo de Olivos. El Tribunal se expidió, sentando jurisprudencia en el sentido que la cuestión planteada no era de naturaleza política sino jurídica, lo que le permitía aplicar las citadas normas jurídicas, si bien quedaban abiertos a las partes otros medios de solución pacífica de controversias. Asimismo el Tribunal señaló que otro podría haber sido el pronunciamiento si se hubieran observado o cumplido con algunas de las instancias previas al recurso planteado ante el Tribunal. Tampoco se pronunció sobre la acción promovida por el ingreso de Venezuela como Miembro Pleno del MERCOSUR³⁶. En dicha oportunidad no se resolvió sobre la incorporación de Venezuela, en las mismas circunstancias. Recordemos que Paraguay se oponía al ingreso de ese país por considerar precisamente que no renuía los requisitos establecidos por el Protocolo de Ushuaia I, al suspenderse en el ejercicio de sus derechos, los otros tres Estados Parte resolvieron sobre la incorporación de Venezuela que así entró a formar parte del MERCOSUR³⁷.

En este punto cabe destacar que la estabilidad democrática constituye un verdadero sustento de los procesos de integración en la medida que asegura el normal funcionamiento de las instituciones, y garantiza el normal ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales. Surge así con meridiana claridad la dimensión social de la integración, sobre la que se apoya la Declaración de Principios del MERCOSUR Social.

A renglón seguido debemos detenernos en ámbitos específicos como el laboral, la discriminación, la inmigración, la participación ciudadana, en los que la perspectiva regional muestra la superación del enfoque utilitarista y economicista originario de los procesos de integración los años ‘50 o ‘60, “pues la

³⁴ Cf. “Decisión sobre la Suspensión del Paraguay en el MERCOSUR en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático”.

³⁵ Cf. “Declaración de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre ruptura del orden democrático en Paraguay”.

³⁶ REY CARO, ERNESTO J., “La suspensión de un Estado miembro de una organización internacional de integración. El MERCOSUR”, en *Contemporary Developments in International Law, Essays in Honour of Budislav Vukas*, Ed. Brill-Najhoff, Netherland, 2015, pp. 138 y ss.

³⁷ Este grupo de investigación trabajó también sobre este tema en particular en el proyecto presentado a la SECYT en el período 2010-2011. Parte de los resultados de esa investigación fue publicado en el trabajo: SALAS, GRACIELA R. *Ampliación del MERCOSUR: El caso Venezuela*, publicado en el *Anuario XIV* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

*verdadera dimensión de una política social toma en cuenta todos los campos de la realidad, en sus aspectos económicos, sociales, políticos y culturales*³⁸.

En este orden, algunos de los elementos que contribuyen al desarrollo de esta dimensión política social se vinculan con la estabilidad democrática alcanzada en las últimas décadas por parte de nuestras repúblicas latinoamericanas y la estabilidad macroeconómica que permitió a los países de la región sobrellevar la crisis mundial del año 2008, gracias a políticas adecuadas.

En lo ambiental, en el Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR, se destaca el Eje VIII, Promover la sustentabilidad ambiental y en particular la directriz 22 referida a consolidar la temática ambiental como eje transversal de las políticas públicas, reconociéndosele así un rol protagónico a la persona humana³⁹.

Otro elemento esencial es el que vincula al desarrollo en materia de integración transfronteriza. Este tema se viene trabajando desde hace tiempo en el sistema europeo. Se destaca la necesidad de vincular esta integración con las normas y medidas nacionales aplicables a la región en cuestión, para lo cual se requiere de estrategias políticas emanadas a escalas regionales y locales. En este punto es donde volvemos a encontrarnos con la importancia de la aplicación en la práctica de las normas legales vigentes, con una visión permanente desde el desarrollo sostenible.

Es en este punto que se establece la temática ambiental como eje transversal a las políticas públicas, para lo cual se hace necesario trascender lo meramente regulatorio para avanzar en el establecimiento de políticas públicas que sean sustentables desde el punto de vista socio ambiental y que a la vez se vayan adaptando al cambio climático que se está produciendo a nivel mundial de manera indiscutible. Se requiere además el fortalecimiento de las instancias ambientales a nivel regional, nacional y subnacional, conforme a lo establecido en el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR. Ahora bien, esto implica que deban modificarse los padrones de producción y consumo con el objeto de hacerlos más sustentables.

Como puede observarse entonces, se trata de la adopción de medidas de fondo, cuya profundidad y alcances posiblemente aún no se encuentran suficientemente precisados. Lo que si surge con claridad es la necesidad de promover y consolidar acuerdos y convenios de cooperación que permitan cumplir con los ejes que acabamos de sintetizar.

Conclusiones

Decíamos al comienzo de este trabajo que considerábamos a la integración regional como un instrumento para el desarrollo, a partir de lo cual fue necesario definir ambos conceptos. Sorteada entonces esa etapa, debimos avanzar en el análisis del derrotero seguido por MERCOSUR en la profundización del proceso de integración, particularmente en el ámbito social, que fue derivándose de la puesta en marcha de este proceso.

³⁸ Así lo afirmó la XIII Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social del MERCOSUR y Estados Asociados, Acta N° 02/07, Anexo 5, Montevideo, 2007. Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR (PEAS), p. 16.

³⁹ MERCOSUR/CMC/ DEC. N° 12/11 Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR.

Ahora bien, en ese derrotero fueron apareciendo nuevas interrelaciones, que a la vez contribuyen a su profundización y van respondiendo a los profundos cambios que se sucedieron a nivel internacional, como ocurre con el concepto de desarrollo sostenible. Es en este punto en el que es necesario volver la mirada hacia otros temas de no menor importancia, como son los relativos al medio ambiente, a la promoción y protección de los derechos humanos en un sistema democrático, con vistas a hacer frente a nuevos desafíos, tanto a nivel internacional como a nivel interno de los Estados Parte.

Si aún no hemos superado el nivel de acciones de *consulta y cooperación*, ello no significa que no hayamos emprendido el camino.



LAS RELACIONES FAMILIARES EN EL MERCOSUR DESDE UNA MIRADA ARGENTINA*

*Amalia Uriondo de Martinoli***

Resumen: La migración entre los países de la región es un fenómeno que sigue vigente, produciéndose una yuxtaposición de las condiciones de recepción con las de emisión, tránsito y retorno de migrantes. La ausencia de un marco normativo común que regule las relaciones familiares en el ámbito del Mercosur, propició la elaboración del Acuerdo de 2012, cuyo texto se analiza en este artículo desde la mira de la legislación argentina.

Palabras clave: relaciones familiares - jurisdicción internacional - derecho aplicable.

I. Introducción

El presente artículo sobre el instrumento del Mercosur, forma parte de la investigación desarrollada en el marco del proyecto titulado “Migración internacional y relaciones familiares: características, realidades y desafíos normativos”. Los movimientos migratorios internacionales, fueron gestando en los países de acogida “sociedades multiculturales”, es decir, sociedades caracterizadas por la convivencia de “diferentes modelos de vida, procedentes de multitud de países y cultura, y regidos por sistemas jurídicos diferentes”¹. En las actuales sociedades multiculturales, es necesario lograr la convivencia pacífica entre los inmigrantes y la población autóctona a través del reconocimiento activo de lo diferente. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado (en adelante DIPr.), alcanzar dicho objetivo requiere propiciar las vías adecuadas para establecer un diálogo entre los sistemas jurídicos de las personas inmigradas, con la debida atención de sus semejanzas y diferencias, para dar respuesta y continuidad espacial a sus situaciones personales y familiares tanto en el lugar en el que desarrollan su vida como en el país de procedencia. En el ámbito regional, existen normas convencionales que regulan cuestiones de familia como los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889² y de 1940³ que conviven con el Código Bustamante de 1928⁴. No obstante, los

* Recibido 08/04/2016 ~ Aprobado 19/09/2016.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Titular, Cátedra “B”, Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho (UNC). Docente-Investigadora Categoría I. Par Evaluadora de Proyectos de Investigación. Profesora de Posgrado en Universidades nacionales y extranjeras. e-mail: martinoli.amalia1@gmail.com.

¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 21, 2003, pp. 109/143.

² Vincula a Argentina con Bolivia, Perú, Colombia, Paraguay y Uruguay.

³ Ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay.

⁴ Ratificado sin reservas por Perú, con reservas lo hicieron: Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador y Venezuela, entre otros.

Estados parte⁵ y asociados⁶ del Mercosur carecen de una normativa común que contemple las relaciones de familia internacionales, por lo que, el 6 de diciembre de 2012, se firma en Brasilia el “Acuerdo entre los Estados Partes del Mercosur y Asociados sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial”⁷. En el art. 1º, se transcribe el título del instrumento a los efectos de delimitar su objeto.

II. Definiciones

Con la finalidad de evitar que las autoridades jurisdiccionales de los Estados parte interpreten de manera divergente los términos utilizados en la normativa común, se incluyen las siguientes calificaciones autárquicas:

a) Unión no matrimonial: constituye un fenómeno social que ha cobrado vigencia en gran parte de los países del mundo, por lo que ha logrado un reconocimiento social y jurídico. Se conceptualiza la figura de la unión no matrimonial como la unión libre entre dos personas, incluso, del mismo sexo, registradas o reconocidas por cada una de las Partes que convivan en una relación afectiva estable, permanente, notoria y pública, respetando la legislación de cada país (art. 2.a). Se admite que las personas sean de distinto o igual sexo. El último supuesto estaría en franca contradicción con lo dispuesto en las Constituciones Nacionales de Bolivia de 2009 (art. 63.II), Brasil de 1988 (art. 226.3), Paraguay de 1992 (art. 51 segundo párrafo) y Venezuela de 1999 (art. 77), pues sólo tutelan las uniones conformadas por personas heterosexuadas, aunque cabe aclarar que las normativas coinciden en las exigencias de que se trate de una relación afectiva estable, permanente, notoria y pública. Si bien las Cartas Magnas de Argentina y Uruguay guardan silencio respecto a las uniones convivenciales, éstas han sido recientemente reguladas por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina —en adelante CCCN— (art. 509 y ss.)⁸ y por la ley de Unión Concubinaria de Uruguay 18.246⁹, en los que se veda toda discriminación en razón de la orientación sexual de sus integrantes. Mientras que en Brasil, este reconocimiento ha sido por obra del Supremo Tribunal Federal al interpretar, conforme a la Constitución Federal, el art. 1723 del Código Civil¹⁰.

⁵ Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

⁶ Son Estados Asociados: Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Guyana, Surinam. Los miembros del bloque firmaron un nuevo Protocolo para la adhesión de Bolivia en calidad de socio pleno en el marco de la cumbre semestral que la unión aduanera celebra en Brasilia el 6 y 7 de diciembre de 2015; información disponible en: <http://www.mercosur.int/show?contentid=462&channel=secretaria>.

⁷ La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República Oriental del Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela, en calidad de Estados Partes del MERCOSUR, y el Estado Plurinacional de Bolivia, en calidad de Estado Asociado al MERCOSUR, son Partes del Acuerdo.

⁸ Aprobado por ley 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014.

⁹ Publicada D.O. 10 de ene/008- N° 27.402.

¹⁰ Art. 1723: “Se reconoce como una unidad familiar la unión estable entre un hombre y una mujer, configurada en una convivencia pública, continua y duradera y establecida con el propósito de formación de la familia”.

b) Domicilio: en esta calificación se optó por un sistema de conexiones subsidiarias: el primer criterio prescinde del elemento subjetivo, localiza el domicilio en el Estado donde la persona física tiene su residencia habitual. Se sigue la tendencia universal en el sentido de privilegiar la objetividad del vínculo territorial (“*corpus*”) en desmedro del factor psicológico (“*animus*”) para evitar las dificultades que plantea la prueba del elemento subjetivo cuando se pretende ubicar esa conexión¹¹. La definición, sigue en lo sustancial el texto de la Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el DIPr., adoptada en Montevideo en 1979¹² que reconoce la residencia habitual de las personas como conexión principal (art. 2, inc. 1). En forma subsidiaria, el Acuerdo acude al criterio económico y emplaza el domicilio de la persona física en el lugar del centro principal de sus negocios. Finalmente, reputa como domicilio, el lugar de la simple residencia (art. 2.b).

c) Domicilio conyugal: se sitúa en el Estado donde los cónyuges vivan de consuno o aquel donde ambos tienen sus domicilios propios. Ante la ausencia de estas conexiones, se concluye que no habrá domicilio conyugal y cada uno fijará su domicilio de acuerdo a la fórmula subsidiaria del inciso anterior (art. 2.c).

El CCCN define el domicilio conyugal efectivo como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges (art. 2621, seg.párr.). A partir de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Emilia Caura de Vlasov c. Alejandro Vlasov”¹³, se entiende que el domicilio conyugal es el último lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los esposos.

d) Primer domicilio conyugal: el Estado donde los cónyuges se establecieron con “ánimo” de fijar residencia inmediatamente después de celebrado el matrimonio. Para que se configure este factor determinante de derecho aplicable, ahora se requiere junto con el establecimiento en un determinado país la intención de los esposos de fijar allí su residencia. Además, se pide que ese *animus* se manifieste inmediatamente después de celebrado el matrimonio, lo cual coadyuva a despejar cualquier duda sobre el momento en que se concreta su localización (art.2.d).

e) Último domicilio conyugal: el Estado de la última convivencia efectiva de los cónyuges. Una calificación similar, pero más rigurosa, contiene el precepto argentino que deslinda la competencia de los jueces para la interposición de las acciones de validez, nulidad, disolución del matrimonio y las referidas a los efectos del matrimonio, porque además de efectiva, la convivencia debe ser indiscutida (último párrafo del art. 2621 CCCN). A este concepto del domicilio conyugal efectivo, habrá de atenerse el intérprete a la hora de designar el derecho aplicable al divorcio y a las otras causales de disolución del matrimonio (art. 2626 del CCCN).

¹¹ TELLECHEA BERGMAN, E. - DE LLANO RAMÍREZ, A. - DOTTA SALGUEIRO, M., “Recopilación Sistematizada del Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay. Normas Convencionales y de Fuente Nacional”, p. 47; disponible en: http://www.fder.edu.uy/material/tellechea-eduardo-dellano-ana-dotta-marcos_normas-dip.pdf.

¹² De acuerdo al informe del 15/03/2016 del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, la Convención ha sido ratificada por Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

¹³ Fallos: 246:87; JA, 1960-III-216.

III. Jurisdicción

1) Crisis matrimoniales

La determinación de la jurisdicción y del derecho aplicable a las crisis matrimoniales, sería el tercer problema que plantea el matrimonio luego de su celebración y de las relaciones personales y patrimoniales que de él se derivan. La reglamentación de las crisis matrimoniales en DIPr. suscita dificultades por la diversidad muy acusada que presentan los ordenamientos jurídicos estatales en cuanto a la admisión de la separación judicial y el divorcio vincular como causales de debilitamiento y de disolución del matrimonio. La complejidad del tema se evidencia también, porque el divorcio produce efectos jurídicos en otros planos: relaciones personales entre los cónyuges, régimen económico del matrimonio, derechos hereditarios, relaciones paterno-filiares con los hijos comunes, nombre de las personas, etc.

En el sistema argentino de 2015, el matrimonio puede disolverse por tres causas: a) por la muerte de uno de los cónyuges; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; y c) por el divorcio declarado judicialmente (art. 435 del CCCN). Se eliminó la separación judicial como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular. En cambio, las legislaciones de los otros Estados del bloque regional mantienen las dos figuras.

a) Jurisdicción internacional: Domicilio conyugal

En la órbita del Acuerdo, la jurisdicción en materia de nulidad del matrimonio, divorcio, separación conyugal y las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, reside en los jueces del domicilio conyugal (art. 3.I). Éste radica en el Estado donde los cónyuges vivan de consuno o aquel donde ambos tienen sus domicilios propios (art. 2.c). Se trata de un criterio situado en primer lugar, porque resulta razonable considerar que las autoridades del Estado donde los cónyuges viven de consuno son las más accesibles para ellos y las que están en mejores condiciones de apreciar las causas del debilitamiento o ruptura del vínculo matrimonial y de recibir las pruebas de los hechos. Argumento que se debilita cuando se sitúa la conexión en el lugar donde ambos tienen sus domicilios propios.

b) Jurisdicción concurrente

El segundo párrafo del art. 3 del Acuerdo dispone que, a falta de domicilio conyugal y a opción del actor, las jurisdicciones son concurrentes entre los jueces del último domicilio conyugal, siempre que se domicilie en el mismo alguno de los cónyuges, o los jueces del domicilio del actor o del demandado (art. 3.II). La ubicación del país que proporcionará el juez internacionalmente competente, dependerá de las calificaciones autárquicas contenidas en el propio instrumento (art. 2. e) y b).

Desde la perspectiva del DIPr. argentino, resulta novedoso el foro del domicilio del actor. El art. 2621 del CCCN, mantiene los foros del sustituido art. 227 del CCiv. al organizar la alternancia entre los jueces del último domicilio conyugal efectivo y los del domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado, sin prohibir toda actuación judicial extranjera. Por el contrario, el precepto establece

una jurisdicción concurrente, lo que posibilita la actuación de la justicia extranjera siempre que tenga en cuenta un foro razonable, es decir, no se haya ejercido una jurisdicción exorbitante, arbitraria, abusiva, artificial o fraudulenta¹⁴. Aun cuando los dos criterios atributivos de jurisdicción remitan a los tribunales argentinos, ello no permitiría afirmar la existencia de una jurisdicción exclusiva y excluyente. El último párrafo del art. 2621 define el domicilio conyugal efectivo como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges, cuya noción vimos que deriva de la tesis asentada por la CSJN en la sentencia “Emilia Cavura de Vlasov c. Alejandro Vlasov”.

Por su lado, el art. 717 del CCCN establece que las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, deben ser interpuestas, a elección del actor, ante el juez del último domicilio conyugal o el del demandado, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta. Se advierte un desajuste en la selección de los contactos jurisdiccionales entre las reglas de competencia del DIPr. y del derecho interno, por cuanto éste suprimió el adjetivo “efectivo” al referirse al último domicilio conyugal y no añadió la opción de la residencia habitual del demandado, que es una conexión más real y flexible que la del domicilio. Se trata de una noción que prescinde en mayor medida del elemento subjetivo y que garantiza la intervención del juez que corresponda al medio social y jurídico en el que se desenvuelve el individuo. El domicilio es un concepto jurídico, la residencia habitual es un concepto social. Debe remarcarse que el art. 73 del CCCN, localiza el domicilio real de la persona humana en el lugar de la residencia habitual y su cambio se verifica instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia con ánimo de permanecer en ella (art. 77). Ello implica la posibilidad de cambiar la residencia pero no el domicilio.

c) Materia de estricto carácter real

El Acuerdo no ha modificado el contacto jurisdiccional previsto en la obra de Montevideo de 1940 para resolver las cuestiones que surjan entre cónyuges que afecten los bienes matrimoniales en materia de estricto carácter real, ya que lo emplaza en el lugar en donde estén ubicados dichos bienes (art. 3.II, segundo párrafo). Al igual que el texto del 40, restringe su aplicación a la materia de estricto carácter real (art. 60). Estas cuestiones, se refieren al imperio de la *lex rei sitae* para determinar, por ejemplo, los derechos reales que se pueden constituir sobre los bienes inmuebles o los modos de transferirlos que, según el CCCN, se requiere la concurrencia de título y modo suficientes: el título de adquisición, la necesaria tradición y la correspondiente inscripción registral (art. 1892).

2) Crisis uniones no matrimoniales

Las diversas formas de convivencia alternativas al matrimonio, como las uniones no matrimoniales, han obtenido una amplia legitimación social en el ámbito regional, lo que trajo como consecuencia un mayor resguardo legal al otorgarle una serie de efectos jurídicos. El CCCN adopta para estas situaciones, el nombre de uniones convivenciales, a fin de resaltar la idea central de la convi-

¹⁴ Cfr. sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 13/6/2007, “Behrens, Germán o Hermann Friedrich, s/suc. ab intestato”, La Ley Online.

vencia y que si bien no equipara sus derechos a los que tienen los cónyuges, les otorga una protección mayor a la regulación parcial que brindaba el marco legal anterior (art. 509). La diferencia con las otras normativas nacionales del Mercosur, radica no sólo en el nombre sino también en los requisitos para su configuración, la necesidad de registración y la mención de las causales de disolución.

a) Jurisdicción internacional

En las cuestiones relativas a la nulidad y disolución de las uniones no matrimoniales y relaciones patrimoniales vinculadas a ellas, el Acuerdo brinda a la parte actora la oportunidad de iniciar las acciones ante los jueces del Estado de reconocimiento o registro de la unión (art. 4.I). Este último foro pierde viabilidad en las legislaciones de Brasil y Paraguay, ya que prescinden del registro como un medio de acreditar la existencia de la unión. En estos supuestos, el art. 4º habilita para el demandante tanto el foro de su domicilio como el del domicilio del demandado (ap. II y III).

Para resolver las cuestiones que surjan entre convivientes que afecten los bienes en materia de estricto carácter real, se sigue el criterio de atribuir la competencia a los jueces del lugar en donde estén ubicados dichos bienes. En cambio, para entender en las acciones referidas a las relaciones personales de las uniones no matrimoniales, son competentes los jueces del Estado Parte donde se pretenda hacer valer, es decir, donde se pretenda que la unión produzca efectos (art. 5). La adopción de medidas de urgencia referidas a las relaciones personales entre los cónyuges o convivientes, serán resueltas por los jueces del Estado Parte donde el actor se encuentre (art. 6º).

Otra es la solución del CCCN para las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial: el art. 2627 elige el lugar del domicilio efectivo común de las personas que constituyen la convivencia en concurrencia con el domicilio o residencia habitual del demandado, sin incluir el foro del domicilio del actor. Al igual que el art. 2621 que deslinda la jurisdicción en materia de validez, nulidad y disolución del matrimonio, el precepto utiliza de forma indistinta el domicilio o residencia habitual del demandado, cuyas calificaciones deben desprenderse de lo dispuesto por el art. 2613. La conexión domiciliaria aglutina el elemento objetivo de la residencia en un Estado con el elemento subjetivo constituido por el ánimo de permanecer allí (inc. a). En tanto define la residencia habitual, como el lugar en que la persona humana vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado (inc. b). El empleo de las dos conexiones personales, domicilio o residencia habitual, es una opción conocida en el DIPr. argentino, pues ha sido adoptada por la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre obligaciones alimentarias para determinar tanto la competencia en la esfera internacional como el derecho aplicable a las reclamaciones de alimentos (arts. 8º y 6º, respectivamente)¹⁵.

En cuanto a las reglas de competencia para las relaciones jurídicas nacionales, nuevamente se observa el empleo de criterios atributivos de jurisdicción diferentes al utilizado en las normas de DIPr.: el art. 718 distribuye la

¹⁵ Estados Parte: Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay, cfr. Departamento Derecho Internacional OEA, Washington DC, 28/03/2016.

competencia entre el juez del último domicilio convivencial y el del domicilio del demandado, en cambio, vimos que el art. 2627 apela al domicilio efectivo común y añade la opción de accionar ante el juez de la residencia habitual del demandado. También se ha visto la diferencia conceptual entre el domicilio que requiere la unión del elemento objetivo y subjetivo y la residencia habitual, pues para que ésta se configure será necesario que la persona humana no sólo viva en ese Estado sino que también establezca vínculos durables por un tiempo prolongado (art. 2613).

IV. Ley aplicable

1) Matrimonio

El Diccionario de la Real Academia¹⁶ define el matrimonio como la “Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”. En el año 2014, vigésima tercera edición, se agrega un párrafo que incorpora una acepción más amplia de esta institución: 2. “En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”. El alcance del concepto del segundo párrafo, es el que acoge el Acuerdo al admitir la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo o distinto sexo (art. 7º). La celebración del matrimonio puede ser concebida como un acto solemne que exige, como condición de validez, una determinada forma en la manifestación del consentimiento que debe prestarse ante un funcionario autorizante o como un acto informal, donde la manifestación del consentimiento matrimonial no se expresa ante ninguna autoridad. Ello provoca la existencia de una diversidad de regímenes. La validez intrínseca del matrimonio comprende aspectos referidos a la capacidad nupcial, a la ausencia de impedimentos, a su dispensa y al consentimiento matrimonial. Para determinar cuál es el derecho rector de dicha validez, los sistemas se dividen entre los que regulan los requisitos sustanciales por la ley personal de cada uno de los contrayentes y aquéllos en los que tales requisitos se rigen por la ley del lugar de celebración.

El Acuerdo somete a una sola ley, la *lex loci celebrationis*, la validez formal y los presupuestos necesarios para la existencia y validez del matrimonio. Ahora bien, dado que no todos los sistemas nacionales del Mercosur admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, se ha previsto eximir al Estado parte de la obligación de reconocerlo, aunque sea considerado válido en el lugar donde ha sido celebrado (art. 7º, seg. párr.)¹⁷.

La regulación del CCCN no difiere del régimen anterior, en cuanto supedita a una única ley tanto en lo relativo a las condiciones de fondo como a las condiciones de forma del matrimonio. Asimismo, cuando tolera el fraude a la ley domiciliaria, por el cambio de domicilio que los contrayentes hubieren efectuado para evadir las normas que en él rigen, por cuanto el matrimonio

¹⁶ 22ª edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012: http://biblioteca.mty.itesm.mx/mty/bds/salta_bd.php?col_id=drae.

¹⁷ Art. 7º: “... Sin embargo, el reconocimiento del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo no será obligatorio para el Estado Parte donde se lo pretende hacer valer, si su ordenamiento jurídico no lo admite”.

debe celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente al domicilio de cualquiera de ellas (arts. 416 y 418). La diferencia con el texto sustituido, reside en la técnica legislativa, pues el art. 2622 aborda en sus tres párrafos las cuestiones antes reguladas por los arts. 159, 160 y 161 del CCiv. El primer apartado, determina el derecho aplicable a la capacidad nupcial, la forma del acto, la existencia y validez del matrimonio. El segundo, contiene la restricción al funcionamiento del principio general de la *lex loci celebrationis*. El tercero, selecciona el derecho regulador de la prueba de la existencia del matrimonio.

a) Capacidad

En materia de capacidad de la persona humana para contraer matrimonio, se desplaza la regla general del domicilio elegida como conexión en el art. 2616 del CCCN, por la del lugar de celebración. En consecuencia, corresponde a esta ley determinar la edad para contraer matrimonio, la posibilidad de que lo contraigan los menores de edad y en qué condiciones, si se requiere la dispensa judicial o la intervención de sus representantes legales. Cabe tener presente el segundo párrafo del art. 2622, pues conserva la restricción al funcionamiento del principio general de la *lex loci celebrationis* dispuesta por el reemplazado art. 160 del CCiv. De acuerdo al citado precepto, no se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media el impedimento previsto en el art. 575, párr. 2º: “..Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”. Ello significa que en los supuestos de las técnicas de reproducción humana asistida, se generan impedimentos derivados del vínculo filial con los progenitores, sus ascendientes, descendientes y hermanos, así como los impedimentos que se originan en la relación genética entre la persona y quienes han aportado los gametos. A esta prohibición, se suman algunos de los impedimentos dirimentes enunciados en el art. 403: inc. a) el parentesco en línea recta en todos los grados, sin otorgar relevancia al “origen del vínculo”, se incluyen como fuentes de la filiación además de la naturaleza y la adopción, las técnicas de reproducción humana asistida (art. 558¹⁸); inc. b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera sea el origen del vínculo, al igual que el anterior, la prohibición abarca la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y la adoptiva; inc. c) la afinidad en línea recta en todos los grados, comprende a todos los ascendientes y descendientes de quien fuera cónyuge del contrayente; inc. d) el ligamen, reflejo del sistema monogámico, por cuanto para contraer válidamente otro matrimonio, el vínculo anterior debió haber sido disuelto por causa de muerte, por sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento o por divorcio declarado judicialmente (art. 435); inc. e) la existencia de una condena penal como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

¹⁸ AZPIRI, JORGE O., estima que es un error incluir a las técnicas de reproducción humana asistida como una especie de filiación, ya que a la que proviene de la naturaleza y de la adopción sólo debe agregarse la voluntad procreacional cuando se utiliza material genético heterólogo, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*, Ed. Hammurabi, José Depalma Editor, Buenos Aires, 2015, p. 152.

b) Validez extrínseca

La forma externa de prestación del consentimiento matrimonial, se rige por la ley de la autoridad del país donde se celebra, lo que tiene como consecuencia la no aceptación de los matrimonios contraídos de acuerdo con formas no contempladas en el ordenamiento de dicho Estado. En Argentina, el matrimonio debe celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes, con la presencia de dos testigos o de cuatro según sea celebrado en la oficina o fuera de ella (art. 418). Para determinar si alguno de los contrayentes tiene su domicilio en el país, debe recurrirse al concepto que, a los fines del DIPr., prevé el art. 2613 que pide la conjunción del elemento subjetivo y objetivo. En ausencia de domicilio conocido, se considera que la persona humana lo tiene en el Estado de la residencia habitual, para lo cual se requiere que ella no sólo viva sino que establezca allí vínculos durables por un tiempo prolongado. Como última conexión subsidiaria, actúa la simple residencia.

c) Validez intrínseca

Los principios de la igualdad jurídica de los cónyuges y el de no discriminación entre los matrimonios constituidos por dos personas de distinto o igual sexo, tienen raigambre constitucional e impactan de manera directa en el régimen jurídico del matrimonio. En consecuencia, ninguna norma del ordenamiento argentino podrá “ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que éste produce” (art. 402). Para que exista matrimonio, es preciso que los contrayentes manifiesten de manera personal y conjuntamente su voluntad de constituir una unión conyugal ante el oficial público competente, excepto los casos del matrimonio a distancia regulado en el art. 422. El acto que carece de estos requisitos, no produce efectos civiles (art. 406). El consentimiento matrimonial deberá ser puro y simple, no puede someterse a modalidad alguna y debe ser prestado sin los vicios de violencia, dolo y error acerca de la persona y de las cualidades personales del otro contrayente (art. 409).

De acuerdo al art. 2622 del CCCN, el derecho del lugar de celebración es el que ha de regular las siguientes cuestiones: a) si el consentimiento es real o aparente; b) los vicios del consentimiento, ya sean por error en la identidad de las personas o sus cualidades esenciales o porque el consentimiento se prestó mediando dolo o violencia; c) los efectos del consentimiento viciado o anulado; d) el plazo para el ejercicio de las acciones y personas legitimadas para impugnar la validez intrínseca del matrimonio; y e) si determinadas personas —padres, tutores— pueden dar su consentimiento adicional al enlace o pueden formular su oposición a la celebración¹⁹. El empleo del derecho del lugar de celebración, a la vez que reconoce la libertad de los contrayentes para crear el vínculo matrimonial, tiene como objetivo el *favor matrimonii*, porque al ser una normativa común para ambos, se evita la acción de los impedimentos establecidos por cada reglamentación personal. Si las partes son libres de realizar

¹⁹ CALVO CARAVACA, ALFONSO L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, p. 98.

este acto en el país que estimen conveniente —siempre que sus autoridades sean competentes al efecto según sus respectivas normas— también están eligiendo, “encubiertamente, si se quiere”, una determinada ley aplicable²⁰. Por ende, el matrimonio que se celebre será el previsto en el ordenamiento de dicha autoridad y el consentimiento matrimonial que deba prestarse será el contemplado en ese derecho, es por ello que las prohibiciones de matrimonio establecidas en tal ordenamiento deberán ser aplicadas con independencia de que coincidan o no con la ley nacional de los contrayentes²¹.

d) *Matrimonio a distancia*

El matrimonio a distancia fue incorporado al CCiv. en el año 1987 por la ley 23.515, que siguió el texto de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, Nueva York, 7 de noviembre de 1962²², con algunos cambios de redacción. El art. 2623 del CCCN unifica el contenido de los arts. 173 y 174 del derogado CCiv., que añaden el plazo de noventa días para la recepción de la documentación que acredite el consentimiento del ausente; hecho que una vez producido, determinará el momento en el que se considera perfeccionado el acto. Se califica como lugar de celebración del matrimonio, al lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto, esto es, el país donde actúa la autoridad competente ordinaria. En la Convención, la eficacia del matrimonio a distancia está condicionada a que la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales, mientras que el art. 2623 del CCCN, se limita a expresar que la autoridad competente para celebrar el matrimonio debe “decidir sobre las causas alegadas para justificar la ausencia”, a quien también corresponde verificar que los contrayentes no estén afectados por los impedimentos legales. El último párrafo del art. 174, que abría la posibilidad de recurrir a la justicia ante la negativa del oficial público de celebrar el matrimonio a distancia, ha sido eliminado en la nueva disposición. En el CCCN, persiste el silencio respecto a la posibilidad de la revocación del consentimiento por parte del contrayente ausente o del fallecimiento de éste durante el plazo de los noventa días. De ocurrir estos supuestos, se configurarían serios obstáculos para el perfeccionamiento del acto matrimonial.

e) *Prueba*

En cuanto a la prueba de la existencia del matrimonio contraído en el extranjero, salvo pequeñas modificaciones del art. 161 del CCiv. sustituido, se mantiene la sujeción al derecho del país en el que la unión se celebró (art. 2622, tercer párr.). Este sistema jurídico será el que determine las autoridades competentes para expedir la certificación que constate la celebración del matrimonio,

²⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Ed. Colección Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, 6, Granada, 2000, p. 97.

²¹ ARENAS GARCÍA, RAFAEL, *Crisis matrimoniales internacionales- Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 207.

²² La Convención entró en vigor el 09/12/1964 a los noventa días después de la fecha en que se hubo depositado el octavo instrumento de ratificación o adhesión (art. 6°). La República Argentina la aprobó por ley 18.444 (B.O. 24/11/1969). También ha sido ratificada por Brasil y Venezuela, entre otros Estados.

los documentos idóneos para acreditar su existencia, el carácter que se les otorga, si son considerados como prueba exclusiva o como prueba principal, en este caso, se detalla la documentación supletoria. En el derecho privado argentino, el matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 423), asignándoles la ley 26.413²³ el carácter de instrumento público (art. 23). Además de la prueba ordinaria, se admite la posibilidad de acreditar el estado conyugal por otros medios admitidos por la ley procesal (vgr. la declaración de testigos que asistieron a la boda, fotografías, invitaciones, etc.) cuando exista la imposibilidad de presentar la documentación antes mencionada y se justifique esa imposibilidad, recurriendo a la vía judicial. La posesión de estado, por sí sola, no es prueba suficiente para establecer el estado de casados ni para reclamar por los efectos civiles del matrimonio. Cuando existe acta matrimonial que presenta vicios de forma (vgr. faltas ortográficas, omisión o error en el nombre de los contrayentes o intervinientes en el acto, etc.) y posesión de estado, la inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio. Es decir, quedan fuera de los alcances de la norma aquellos defectos sustanciales que atacan la validez del matrimonio por adolecer de un vicio esencial al momento de su celebración (art. 423)²⁴.

2) Uniones no matrimoniales

En la determinación de la ley aplicable, el Acuerdo reitera que la unión no matrimonial puede configurarse entre dos personas con indiferencia del sexo u orientación sexual. Además, bifurca el tratamiento a través del desglose de las conexiones para seleccionar la ley que regirá: a) las condiciones de la existencia y disolución de la unión no matrimonial; y b) la regulación de los efectos jurídicos derivados de ella.

a) Las condiciones de la existencia y disolución de la unión no matrimonial

El Acuerdo supedita la regulación de la capacidad de las personas para constituir una unión no matrimonial, su forma, existencia y validez, así como su disolución, a la ley del lugar de su reconocimiento o registro. La realización de cualquiera de estos actos fortalece la seguridad jurídica, contribuye a crear un clima de confianza, garantía y certidumbre frente a terceros al dar adecuada publicidad a la convivencia. De situarse ese lugar en Argentina, surge que las uniones libres, históricamente ignoradas por el Derecho, tienen en la actualidad una relevancia social sin precedentes, habiéndose erigido en una alternativa al matrimonio. El devenir del tiempo demostró que esta forma de organización familiar sigue siendo la opción elegida por muchas de las parejas que deciden

²³ De acuerdo a esta ley de Registro Civil y Capacidad de las Personas (B.O. 06/10/2008), todos los actos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1°, primer párrafo). Conforme al art. 95, se deroga el decreto-ley 8204/1963.

²⁴ AZPIRI, JORGE O., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*, ob. cit., p. 42; el comentario al art. 423 puede verse en: <http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-423>.

compartir su vida sin recurrir a autoridad alguna, que se encontraban al margen de una legislación sistemática y que sólo habían sido objeto de regulaciones parciales. Fueron los tribunales de justicia los que, a iniciativa de las partes, se encargaron de suplir estas carencias normativas. La tutela jurídica de las relaciones de hecho o libres tardó en llegar. El CCCN incorporó, a continuación del derecho matrimonial, un estatuto jurídico propio y autónomo para las uniones convivenciales, sean de diferente o igual sexo en línea con la ley de matrimonio igualitario (26.618 de 2010). Las disposiciones del Título III, se aplican a la convivencia de dos personas fundada en el afecto, sin que tenga relevancia el sexo de sus integrantes, que asumen el compromiso de compartir un proyecto de vida común, similar al modelo que se presenta en el matrimonio, exigiéndose que esas relaciones afectivas sean de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente (art. 509). Asimismo, se abre una instancia de registración voluntaria de la unión convivencial, estableciéndose ciertos requisitos que guardan alguna semejanza con los exigidos para la validez y existencia del matrimonio: que los dos integrantes sean mayores de edad, lleven al menos dos años de convivencia, que no tengan una relación de parentesco entre sí, en línea recta en todos los grados, en línea colateral hasta el segundo grado, o por afinidad en línea recta, no tener impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea (art. 510).

La registración de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, sólo tiene valor probatorio (art. 511) y es prueba suficiente de su existencia, pero nada impide que se la acredite por cualquier otro medio ante la falta de inscripción en el registro que deberá constituirse en cada jurisdicción²⁵ —vgr. hogar común, posesión de estado, titularidad conjunta de cuentas bancarias, hijos comunes, etc.— (art. 512). En cuanto al cese de la unión convivencial, el CCCN enumera las causas en art. 523, algunas de las cuales coinciden con la disolución del vínculo matrimonial: la muerte de uno de los convivientes o la sentencia firme que declare la ausencia con presunción de fallecimiento. Las otras son específicas de estas uniones: por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; por el matrimonio de los convivientes; por mutuo acuerdo; por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; por el cese de la convivencia sin causa justificada, salvo que la interrupción de la convivencia obedezca a motivos laborales u otros similares y que permanezca la voluntad de vida en común.

De acuerdo al pedido formulado por el art. 511, la existencia y la extinción de la unión convivencial deberá registrarse a los fines probatorios, mediante la solicitud de ambos integrantes. Ahora bien, como el cese de la unión convivencial puede ser peticionado por uno solo, será suficiente la manifestación de su voluntad para cancelar el registro. Lo mismo ocurriría en los supuestos de muerte o sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes.

²⁵ En Córdoba, el gobierno ya puso en funcionamiento el Registro de uniones convivenciales, en el ámbito del Registro Civil, mediante la resolución 113 publicada en el Boletín Oficial de 2016 y estableció la adecuación del Registro Civil y las Personas. Los registros municipales podrán receptor los pedidos y reenviarlos al ámbito provincial.

b) Regulación de los efectos jurídicos derivados de la unión no matrimonial

El Acuerdo establece en el art. 8º, segundo párrafo, que “Los efectos derivados de las uniones no matrimoniales se rigen por la ley del Estado donde se pretendan hacer valer”. La vinculación afectiva y comunidad de vida entre los miembros de la pareja no casada, conllevan una dependencia económica similar a la de un matrimonio, por lo que algunos ordenamientos jurídicos se han visto en la necesidad de regularla para evitar el desamparo de uno de los convivientes ante la muerte, enfermedad o abandono del otro. El tema a tratar, se relaciona con los efectos personales y patrimoniales otorgados por el legislador a las uniones no matrimoniales, así como los efectos derivados en otros ámbitos, por ejemplo, los alimentos, la responsabilidad parental o sucesiones. La ubicación de las uniones convivenciales en el Libro Segundo del CCCN referido a relaciones de familia, muestra la dimensión no sólo personal sino patrimonial de aquéllas. Contrariamente al matrimonio, la unión paramatrimonial no crea lazo alguno con los parientes consanguíneos del otro miembro de la pareja, pues al parentesco se lo define como el “vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad...” (art. 529). Los convivientes, están facultados para regular mediante un pacto las consecuencias de la vida en común, mientras ésta se mantenga y las que se derivarían a causa de su ruptura. El pacto debe ser hecho por escrito donde se pueden establecer, entre otras cosas, cómo se van a repartir las cargas con respecto a los hijos y las necesidades del hogar y, en caso de separarse, cómo se van a dividir los bienes obtenidos durante su convivencia y quién de ellos se va a quedar en el hogar (art. 514).

Las relaciones patrimoniales entre los miembros de la pareja, se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia (art. 518), con las restricciones referidas a la asistencia durante la convivencia, a la obligación de contribuir a los gastos del hogar, a la responsabilidad solidaria por las deudas frente a terceros y a la protección de la vivienda familiar (arts. 519 al 522). A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, pero manteniendo las restricciones señaladas para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella (art. 518). Los convivientes carecen de un régimen legal patrimonial similar al que surge del matrimonio, por lo que al concluir la convivencia, no tienen derecho a reclamar la mitad de los bienes adquiridos por uno de ellos durante el tiempo que duró la unión.

A diferencia del matrimonio, en el que el CCCN distingue entre los conceptos de asistencia mutua (art. 431) y la obligación de los cónyuges de prestarse alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho (art. 432), para los convivientes sólo se ha previsto el deber de asistencia durante la convivencia (art. 519); omisión que induciría a sostener que no existe la obligación legal de prestarse alimentos entre los convivientes durante la vida en común ni después de la ruptura de la unión²⁶. No obstante, en el capítulo 3 sobre reglas de competencia, se prevé una específica para las acciones por alimentos y pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes. Se establece una jurisdicción

²⁶ AZPIRI, JORGE O., *Incidencias del Código Civil y Comercial - Derecho de familia*, ob. cit., p. 132.

concurrente para que el actor elija accionar ante estos foros: el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria. Mientras que —por otra falta de concordancia legislativa— la norma de DIPr, si bien adopta el mismo foro del último domicilio conyugal o convivencial, incorpora otros contactos jurisdiccionales: al domicilio del demandado añade la opción por demandar ante el juez de su residencia habitual y suma un contacto nuevo, el juez que haya entendido en la disolución del vínculo (art. 2629, segundo párrafo). Por otro lado, la norma de conflicto que determina el derecho aplicable a los alimentos entre cónyuges o convivientes, apela a conexiones alternativas: el último domicilio conyugal, la última convivencia efectiva o el país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo (art. 2630, tercer párr.).

El cese de la unión convivencial genera para el conviviente, que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica respecto a la anterior, la posibilidad de requerir la fijación de una compensación, que puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor al plazo que duró la unión convivencial (art. 524). La unión convivencial no otorga derechos sucesorios *ab intestato*. El supérstite no hereda de su pareja a menos que esta última lo haya designado como beneficiario por vía testamentaria y siempre que se respete la legítima de los herederos forzosos.

En cuanto al derecho aplicable, el CCCN introdujo una norma de DIPr. que adopta igual criterio que el Acuerdo para regir los efectos jurídicos de la unión convivencial cuando se la invoca en un lugar distinto al de su constitución: el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer (art. 2628). Aunque cabe aclarar que la interpretación del alcance del precepto no es unánime, los comentarios se dividen entre los que sostienen que éste se refiere solamente “a la regulación de los efectos jurídicos de que pueda producir la invocación de la unión convivencial en un Estado distinto del de su localización”²⁷ y los que extienden el ámbito de aplicación a las condiciones de validez de fondo y de forma, la disolución de la unión y todos los efectos personales y patrimoniales provenientes de la institución²⁸. A ello nos conduce la parquedad de la norma.

La conexión elegida, el Estado donde se pretenda hacer valer la unión convivencial, se caracteriza por su mutabilidad, se privilegia el lugar donde esa unión manifieste mayores vínculos de proximidad con el foro. Será allí donde se podrán hacer efectivos los derechos y principales obligaciones de sus miembros, que se inscribieron o fueron reconocidos en un territorio distinto al de su invocación. No obstante, ha de tenerse en cuenta que no todos los ordenamientos jurídicos regulan este tipo de forma familiar o presentan diferencias de contenido incluso en los que la contemplan, sin olvidar que son muchos los Estados que desconocen las uniones constituidas entre personas del mismo sexo, tal como sucede en el ámbito regional.

La solución relativamente flexible del CCCN, contrasta con la que propone sujetar las relaciones personales o patrimoniales de la pareja registrada a

²⁷ PALLARÉS, BEATRIZ, “Unión Convivencial”, en RIVERA, JULIO CÉSAR - MEDINA, GRACIELA (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. VI, p. 872.

²⁸ *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, RICARDO LUIS (Director), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, t. XI, p. 576.

la *lex registrationis*, esencialmente porque se entiende que es la más respetuosa con las expectativas de las partes y su derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁹. Así lo hace el Código Civil francés, cuyo art. 515-7-1 establece que las condiciones de formación y los efectos de una unión registrada así como su disolución, están sometidos a las disposiciones materiales del Estado de la autoridad que ha procedido al registro.

3) Relaciones personales entre los cónyuges

La celebración válida de un matrimonio genera una serie de efectos que afectan a los cónyuges en esferas jurídicas diferentes: a) efectos ajenos al matrimonio, por ejemplo, sucesiones, apellido, nacionalidad; y b) efectos internos del matrimonio, que comprende las relaciones personales —cooperación, convivencia, fidelidad, asistencia, alimentos— y patrimoniales entre los cónyuges. El Acuerdo opta por dissociar los efectos del matrimonio, en lo que a la ley aplicable se refiere, designando una ley distinta según se trate de relaciones personales o patrimoniales entre los cónyuges. En cuanto a las primeras, la disposición estructural en forma de cascada las conexiones para precisar la ley aplicable: la opción principal, es el domicilio conyugal; como alternativas subsidiarias interviene el último domicilio conyugal, con la condición que permanezca allí alguno de los cónyuges; y finaliza el orden descendente con el lugar de celebración del matrimonio. La localización del país que proporcionará la ley que rige las relaciones personales, quedará sujeta a la calificación autárquica que el mismo Acuerdo efectúa sobre domicilio conyugal y último domicilio conyugal (art. 2º, incs. c y e).

Cuando estas relaciones adquieren un tinte internacional, será preciso determinar tanto la jurisdicción internacional como el derecho aplicable. El primer sector, lo resuelve el art. 2621 del CCCN que cubre todo tipo de acciones relativas al matrimonio, validez, nulidad, disolución y efectos de la unión. Establece una jurisdicción concurrente entre los jueces del domicilio conyugal efectivo y el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado. Con la finalidad de evitar interpretaciones divergentes sobre el primer foro especial, se lo define en el sentido de localizarlo en el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges, siguiendo la tesis asentada por la CSJN en sentencia “Vlasov”. En materia de derecho aplicable a las relaciones personales, si bien el art. 2624 del CCCN conserva la conexión del domicilio conyugal efectivo del derogado art. 162 del CCiv., el contenido ha sufrido varias modificaciones. La definición del domicilio conyugal efectivo es trasladada al art. 2621 que determina la jurisdicción en materia matrimonial; se suprimió del texto la conexión subsidiaria de la última residencia a la que se apelaba para decidir la ley aplicable en caso de duda o desconocimiento de aquél; la cuestión alimentaria ha sido objeto de una reglamentación propia en la Sección 4ª; y se elimina el último párrafo referido a las medidas urgentes. La reforma mantiene la mutabilidad automática del régimen aplicable a las relaciones personales ante eventuales cambios del lugar de convivencia efectiva de los cónyuges, en sintonía con lo dispuesto por los Tratados

²⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA, “Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado europeo”, en NAVAS NAVARRO, SUSANA (Directora), *Matrimonio homosexual y adopción: Perspectiva nacional e internacional*, Colección Jurídica General, Ed. REUS, Madrid, 2006, p. 109.

de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 (arts. 12 y 14, respectivamente).

4) Régimen matrimonial de bienes

a) *Convenciones matrimoniales*

En el Acuerdo, las normas sobre el régimen matrimonial de bienes son supletorias o complementarias de la voluntad emitida por los contrayentes en las convenciones matrimoniales. En efecto, el primer párrafo del art. 10 dispone que: “El régimen matrimonial de bienes se rige por las convenciones matrimoniales y éstas por la ley del Estado donde se otorguen”. Mediante estas convenciones, los cónyuges pueden elegir alguno de los regímenes económicos distintos del legal (participación, separación absoluta de bienes, etc.) con las modificaciones que deseen establecer, o bien confeccionar un régimen específico, sobre la titularidad de los bienes, su administración, la obligación de contribuir a solventar las cargas del hogar, la disolución de la eventual comunidad que instituyan, entre otras estipulaciones³⁰. El art. 10, guarda silencio sobre la oportunidad de acordar las convenciones matrimoniales, aunque aclara que éstas se rigen por la ley del Estado donde se otorguen. En consecuencia, será dicha ley la que decida si tienen que ser pactadas antes de la celebración del matrimonio o en un tiempo posterior, así como todo lo referido a la publicidad de las capitulaciones, que está ligada estrechamente a la inscripción registral, porque se trata de una exigencia impuesta a favor de los propios cónyuges y de terceras personas.

El CCCN ha introducido cambios importantes en el régimen patrimonial del matrimonio, pues admite la posibilidad de elegir el régimen de separación de bienes antes de la celebración del matrimonio y de modificarlo durante su vigencia por convención de los cónyuges (art. 449). A falta de opción, se aplica el régimen de comunidad de ganancias que tiene carácter supletorio de la voluntad de los esposos. Existe un reconocimiento expreso de la autonomía de la voluntad de los contrayentes para regular los efectos patrimoniales del matrimonio, aunque la circunscribe a las cuestiones mencionadas de forma taxativa en el art. 446³¹. Las modificaciones también se advierten en el sistema de DIPr. que confiere la posibilidad de regular las relaciones entre los esposos respecto de los bienes por las convenciones matrimoniales. A su vez, éstas se rigen por diferentes derechos según sean otorgadas antes de la celebración del matrimonio, primer domicilio conyugal, o con posterioridad, domicilio conyugal al momento de su celebración (art. 2625, párr. 1°).

b) *Régimen supletorio*

A falta de pacto entre los cónyuges, el régimen matrimonial de bienes se rige por la ley del primer domicilio conyugal (art. 10, párr. 2°), cuya definición

³⁰ PALLARÉS, BEATRIZ, “Efectos patrimoniales del matrimonio”, en FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. (Coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Ed. Zavallá, Buenos Aires, 2003, cap. 19, p. 724.

³¹ Art. 446: la designación y avalúo de los bienes que cada contrayente lleva al matrimonio; la enunciacón de las deudas; las donaciones que se hagan entre los futuros cónyuges; y la opción por alguno de los regímenes patrimoniales previstos, que sólo es el régimen de separación de bienes.

se desprende del art. 2º, inc. d) del mismo Acuerdo. Este factor de conexión no es desconocido en el DIPr. argentino sino que ha sido receptado por el CCCN (art. 2625) y por el Tratado de DCiv. Int. de Montevideo de 1940 (art. 16).

Si bien se señalan como ventajas, que esta conexión existe desde el inicio de la relación matrimonial; y, que se puede adecuar, presumiblemente al medio en que tal relación se desenvuelve³², considero que no se adapta al creciente desplazamiento internacional de las personas y que se desconocen las nuevas tendencias legislativas que mitigan la inmutabilidad del sistema. Porque en el supuesto, ahora cada vez más frecuente, que el primer domicilio conyugal esté situado en un país distinto al del último domicilio conyugal efectivo, obligará a este juez, declarado competente para resolver sobre la validez, nulidad y disolución del matrimonio y las cuestiones referentes a los efectos del matrimonio (CCCN, art. 2621), a aplicar siempre una ley extranjera. Asimismo, tampoco brinda seguridad jurídica a los terceros, porque a veces resultará difícil su identificación “cuando los cónyuges tienen cortas estadías en diversos lugares o cuando por alguna razón ese primer domicilio no se configuró, en caso en que los cónyuges, por cualquier circunstancia, no pasaron a vivir de consuno”³³. Se ha expresado que “El legislador ha primado el valor jurídico seguridad frente al de libertad de los cónyuges”, aunque también se ha dicho que el objetivo de seguridad jurídica podría igualmente haberse llevado a cabo, “potenciando la libertad de los cónyuges, permitiendo la elección siempre antes del matrimonio y con limitaciones después del mismo, de la ley aplicable a sus relaciones”³⁴.

Lo que sí resulta una novedad para el DIPr. convencional e interno argentino, es la apelación que hace el Acuerdo a la ley del Estado de celebración del matrimonio para regir el régimen matrimonial de bienes, ante la falta del primer domicilio conyugal o cuando resulta imposible determinarlo (art. 10, párr. 3º). Esta conexión subsidiaria, suscita las mismas objeciones que formulamos respecto a la adopción del primer domicilio conyugal porque tiene igual objetivo: petrificar la ley aplicable al régimen de bienes en el matrimonio.

Seguidamente, el art. 10 del Acuerdo establece que: “La ley que resulte aplicable en virtud de las normas anteriores rige en todo lo que, en materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes”. Ello implica que en materia de estricto carácter real, la ley aplicable queda sometida a la ley del lugar de situación de los bienes, restringiendo así la esfera de su aplicación. Conviene precisar que la salvedad establecida, debe ser referida exclusivamente a las cuestiones de estricto carácter real subordinadas al imperio de la *lex situs*, sin confundir el régimen patrimonial del matrimonio con el régimen de los bienes. Por consiguiente, la determinación de la calidad de un bien como propio de uno de los cónyuges o ganancial, es una cuestión

³² CORNEJO ESPILCO, ELIZABETH, “El régimen económico matrimonial en el Derecho Internacional Privado peruano”, Derecho y cambio social, disponible en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista018/matrimonio%20internacional.htm>.

³³ Exposición de motivos del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, II. 4.

³⁴ PÉREZ VERA, ELISA (Directora), *Derecho Internacional Privado*, Ed. Colex, Madrid, 1998, vol. II, p. 132.

totalmente distinta y ajena al régimen real sujeto a la ley del lugar de situación de los bienes³⁵.

El art. 10 expresa, en el último párrafo, que: “el cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes, sean ellos adquiridos antes o después del cambio”. De esta forma, el Acuerdo mantiene el principio clásico en esta materia de la inmutabilidad de la ley aplicable a las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes.

El art. 2625 del CCCN no sólo no incluyó el párrafo que consagraba la permanencia del régimen del derogado art. 163 del CCiv. sino que admite la posibilidad de optar por la aplicación del derecho argentino en el supuesto de que los cónyuges cambien su domicilio a la República. Elección que deberá ajustarse a dos condiciones: constar en escritura pública y no afectar los derechos de terceros.

5) Separación conyugal y divorcio

Como el divorcio produce efectos jurídicos en otros planos surgen en el DIPr. comparado dos modelos: a) Ley extensa del divorcio, la ley rectora de la crisis matrimonial regularía la declaración del divorcio y los efectos que éste produce en otras relaciones jurídicas —filiación, régimen económico del matrimonio, sucesiones, etc.— y b) Ley estricta del divorcio, esta ley regularía sólo la declaración del divorcio y la disolución del vínculo matrimonial. La forma en que el divorcio afecta a otras situaciones jurídicas —titularidad o ejercicio de la patria potestad, efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges, relaciones entre padres e hijos, etc.— deberá determinarse conforme a lo previsto en el derecho rector de tales situaciones jurídicas³⁶.

El domicilio conyugal es la primera conexión que incorpora el Acuerdo para seleccionar el derecho aplicable a la separación conyugal y al divorcio. Puede estar situado en el lugar donde viven de consuno o aquel donde ambos tienen sus domicilios propios (art. 2º, inc. c). Se trata de una conexión razonable que facilita la tarea del juez, porque evidencia un contacto suficiente con el territorio donde transcurren las causas del debilitamiento o ruptura del vínculo conyugal. En su defecto, se apela al último domicilio conyugal —la última convivencia efectiva de los cónyuges, art. 2º, inc. e)— para designar la ley aplicable, con la condición que en él se domicilie alguno de los cónyuges. Finalmente, el juez competente podrá aplicar la ley del país del domicilio del actor o del demandado (art. 11). La aplicación de la ley sólo podrá ser desplazada cuando contraríe “manifiestamente principios fundamentales de orden público internacional del Estado donde se pretende hacer valer” (art. 12, párr. 2º).

El CCCN utiliza una sola conexión, último domicilio de los cónyuges, para determinar el derecho aplicable al divorcio y a las otras causales de disolución del matrimonio, las que operan por la muerte de uno de los cónyuges y por sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 435). Será ese derecho el que decida sobre las causales admitidas, la necesidad o no de expresar

³⁵ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Nuevo Derecho Internacional Privado Matrimonial de fuente interna”, Revista *Juris*, Rosario, 10 y 27 de junio de 1987; NAJURIETA, MARÍA SUSANA, “La Convención de la Haya de 1978 sobre regímenes patrimoniales y la reforma del Derecho Internacional privado de fuente interna”, LA LEY, 1984-D, 1316.

³⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Matrimonio y elección de ley*, ob. cit., p. 182.

las causas para peticionar el divorcio, si éste puede ser decretado por petición conjunta o individual y respecto al procedimiento. Ahora bien, la aplicación del derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto podrá no ser aplicado cuando sea manifiestamente incompatible con los principios del orden público del foro. Tal situación se daría si, por ejemplo, las causas recogidas por ese ordenamiento contradicen principios constitucionales relativos a la dignidad de la persona, o supongan una discriminación por motivo de raza, nacionalidad, sexo o religión. Entre estos supuestos quedarían también incluidas las legislaciones que admiten el divorcio unilateral y sólo lo puede solicitar el esposo, sin que sea necesario justificación alguna (vgr. repudio del Derecho musulmán)³⁷. Cabe advertir que el art. 2626 utiliza una terminología un tanto diferente a la del art. 2621 que deslinda la jurisdicción internacional para entender en acciones que versen sobre la disolución del matrimonio, ya que a la conexión sobre derecho aplicable se la despojó del adjetivo “efectivo” que acompaña al contacto jurisdiccional.

V. Conclusión

Las personas aprovechan cada vez más los beneficios del mercado interior trasladándose a otro país miembro por múltiples razones, lo que incrementa la conformación de distintas estructuras familiares. En materia de familia, existe en el bloque regional una divergencia legislativa muy marcada, por las tradiciones jurídicas y culturales de los Estados Parte. Si bien el Acuerdo abreva en fuentes convencionales elaboradas en el ámbito americano, toma distancia al incorporar criterios desconocidos para el DIPr. convencional y autónomo argentino, que quizás sea el motivo de la pasividad de los órganos nacionales competentes³⁸. Ello no implica desconocer el gran aporte que significa haber tratado de colmar el silencio normativo en la región en un área tan sensible como las relaciones familiares y los derechos y obligaciones de sus integrantes, cumpliéndose con el objetivo de armonizar las legislaciones de los países que participan en el proceso de integración del MERCOSUR.



³⁷ ARENAS GARCÍA, RAFAEL, *Crisis matrimoniales internacionales*, ob. cit., p. 318.

³⁸ El Acuerdo no se encuentra vigente, ver: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/5272/2/innovava.front/tratados-protocolos-y-acuerdos-depositados-en-la-secretaria-del-mercosur-ano-2012>.

SECCIÓN III

DERECHO PRIVADO

INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN CONTRACTUAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - LA REGLA DEL CONTRATANTE CUIDADOSO Y PREVISOR*

Jorge Augusto Barbará**

Resumen: En el presente trabajo se describen numerosos interrogantes en torno a la interpretación e integración contractual que plantea el nuevo Código Civil y Comercial argentino (CCC), haciéndose foco en la regla del contratante cuidadoso y previsor (RCCP) contenida en el art. 961 del CCC, sosteniéndose: que la RCCP es un mecanismo integrativo del contrato —contrariamente a lo que la redacción del art. 961 sugiere—; que la RCCP prescinde de la intencionalidad de las partes contratantes, situándose en una hipótesis de racionalidad abstracta; que asumir los postulados anteriores tiene consecuencias prácticas relevantes.

Palabras clave: interpretación - integración - contrato - cuidadoso - previsor.

I. Interpretación e integración contractual en el nuevo Código: más dudas que certezas

1. El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina (en adelante: CCC), dedica dos Capítulos casi completos del Título 2 (Contratos en general) de su Libro Tercero (Derechos personales), para regular la manera en que deben integrarse e interpretarse los contratos. Se trata de las disposiciones contenidas en los arts. 957 a 964 y 1061 a 1068 del CCC.

Una primera lectura de ese articulado es susceptible de generar una serie de legítimos interrogantes, tales como los que, a título ejemplificativo, mencionaré a continuación:

a. El art. 960 del CCC otorga facultades a los jueces para modificar un contrato *de oficio* cuando éste *afecta, de modo manifiesto, el orden público*.

¿Significa lo anterior, *contrario sensu*, que un juez carece de tal facultad cuando el contrato afecte o vulnere los *límites impuestos por la ley, la moral o las buenas costumbres*, los cuales constituyen los ordenamientos normativos que, junto con el *orden público*, han sido establecidos como la frontera infranqueable por los contratantes, según el art. 958 del CCC?

Si la respuesta a esta pregunta es negativa, es superflua la mencionada disposición contenida en el art. 960 del CCC.

Si, en cambio, la respuesta es afirmativa y asumiendo que la violación del *orden público* implica inevitablemente una violación de la *ley* —por lo que la omisión de su mención en el art. 960 no traería mayores problemas prácti-

* Recibido 21/07/2016 - Aprobado 27/07/2016.

** Abogado (U.C.C.), Magister en Derecho y Argumentación (UNC), Profesor de Filosofía del Derecho (UCC), Profesor de Introducción al Derecho (UNC), Profesor de Metodología de la Enseñanza (Posgrado - UCC), Profesor del Seminario de Jurisprudencia en la Especialización en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC), Miembro Investigador SeCyT (UNC).

cos—, cabría preguntarse: ¿por qué motivo tiene relevancia para conceder esa facultad modificatoria a los jueces la violación del *orden público* y no la violación de *la moral* o *las buenas costumbres*?

b. Considerando que una ley meramente supletoria no puede constituir un límite para la contratación, ¿puede realmente afectarse el límite impuesto por el *orden público* sin afectarse el límite impuesto por una ley indisponible? ¿Se trata, en verdad, la vulneración de la ley y del *orden público* de dos supuestos distintos?

Si no lo son, ¿por qué se encuentran regulados en el art. 958 del CCC como supuestos autónomos? ¿Otra vez estamos ante una disposición superflua?

Si lo son, ¿es posible definir al *orden público* con independencia tanto de la ley cuanto de la *moral* y de las *buenas costumbres*?

El art. 12, 1º párr. del CCC, referido al *orden público*, lejos de ayudar a responder los interrogantes anteriores, nos deja exactamente en el mismo lugar en donde estábamos, pues éste se limita a decir que “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público*”. Es decir, contiene una disposición que es equivalente a la del art. 958 del CCC en lo que al *orden público* respecta. Nada aporta para la respuesta que estamos buscando.

c. El art. 964 del CCC establece la manera en que debe integrarse un contrato en tres incisos que nos remiten a las *normas indisponibles*, a las *normas supletorias* y a los *usos y prácticas* del lugar de celebración del contrato, respectivamente. Es decir, no habla de *normas “legales” supletorias* sino de *normas supletorias* a secas, a diferencia del art. 962 del CCC que sí se expresa en términos de *normas legales supletorias*. Ante esto, cabe preguntarse ¿la no inclusión de la palabra “legales” constituye una mera omisión material o, por el contrario, puede tener una razón?

Esa omisión bien podría sugerir lo siguiente: dado que en el art. 962 del CCC habla de las *normas legales* indisponibles y supletorias, la noción de *norma* —a secas—, utilizada en el art. 964 del CCC puede ser interpretada como si la misma estuviese haciendo referencia a otros órdenes normativos que exceden la mera legalidad, tales como los de la *moral* y las *buenas costumbres*.

Esta última interpretación parece colisionar con una interpretación sistemática que enlace la significación de *norma supletoria* contenida en el art. 964 del CCC con la expresada en el artículo inmediato anterior, o sea, con el art. 963 del CCC. A partir de esa interpretación sistemática, podría pensarse que cuando el legislador hace referencia a *normas supletorias* ha querido referirse a las *normas supletorias legales* mencionadas en el art. 963 del CCC y no a normas correspondientes a otros tipos de ordenamientos normativos.

Sin embargo, si no se está haciendo referencia a otros órdenes normativos distintos de los *legales*, se tornará imposible integrar el contrato siguiendo los lineamientos del art. 964 del CCC cuando ni la ley ni los *usos y prácticas* del lugar de celebración fuesen capaces de suministrar normas o pautas para integrar el contrato, en los casos en que las partes nada hayan dicho o lo dicho por ellas carezca de valor por haber contravenido los límites fijados por el art. 958 del CCC para la libertad de contratación. De aquí que no sea un tecnicismo sino que, por el contrario, tenga pleno sentido considerar que la omisión de la

palabra *legales* pueda, *a contrario*, ser interpretada como la paralela admisión de integrar contratos con normas extralegales, de ser necesario.

Llegados a este punto, las preguntas se multiplican.

Si se admite que otras normas puedan funcionar supletoriamente, ¿es susceptible —ya que el CCC no lo aclara— que normas, diferentes a la ley, la moral y las buenas costumbres, tales como las de naturaleza económica que regulan la manera en que debe hacerse una asignación eficiente de recursos por los particulares, sean utilizadas para integrar el contrato?

Suponiendo que el límite para utilizar un orden normativo integratorio sea su sustentabilidad “moral”, ¿dicho límite estará constituido por la moralidad positiva o por la moralidad crítica? ¿Las *buenas costumbres* son identificables con la moral positiva? Si no lo son, ¿qué son las *buenas costumbres*? Si lo son, ¿cómo integramos el contrato en caso de conflicto entre la moral positiva y la moral crítica¹? Si decidimos hacer prevalecer la moralidad crítica por su supuesta *razonabilidad*, ¿qué teoría de justicia o de moralidad social debemos escoger para guiarnos en la obtención de normas correspondientes al ámbito de la moralidad crítica?

Los intrincados vericuetos que vinculan (o pueden vincular) a la moral y el derecho llevan a que los interrogantes puedan seguir multiplicándose hasta el cansancio.

Por cierto, el hecho de que este tipo de interrogantes derivados de la apelación a la moral como criterio utilizable para la afirmación —o negación— de conductas obligacionales, puedan presentarse en cualquier rama del derecho, no es algo que resuelva el problema sino que, en todo caso, muestra que la nueva regulación parece no haber generado ningún tipo de avance sobre el asunto.

d. Otra pregunta que fluye de las disposiciones del CCC se encuentra vinculada con el tipo de correlación que poseen algunos de los supuestos del art. 964 del CCC entre sí: ¿existe un orden de prelación entre el inc. b) y el segundo supuesto del inc. c) del art. 964 del CCC?

Es decir, ¿existe un orden de prelación entre las *normas supletorias* y los *usos y prácticas ampliamente conocidos y regularmente observados en el lugar de celebración*, o, por el contrario, pueden aplicarse unas y otros indistintamente, según las preferencias *ad hoc* de las partes o del juez de turno? ².

e. Pasando al articulado relativo a la *interpretación*, también encontramos una serie de legítimos interrogantes.

El art. 1063 del CCC expresa, en su 1ª parte, una especie de regla interpretativa general: “*Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general...*”.

¹ Cuando se habla de la moralidad positiva se hace referencia a los valores morales compartidos y aceptados en una sociedad determinada; en tanto que cuando se habla de moralidad crítica se hace referencia a estándares objetivos —o pretendidamente objetivos— con los que puede evaluarse la corrección de las acciones y de las instituciones. Al respecto, puede verse AYÁN - BARBARÁ (2015: 83-84).

² Las *normas indisponibles* (art. 964, inc. a, del CCC) serán prevalentes sobre el resto; así como los *usos y prácticas* declarados obligatorios por las partes (art. 964, inc. a, 1º supuesto, del CCC) prevalecerán por sobre los otros supuestos del art. 964 del CCC, de conformidad a lo dispuesto por el art. 963 del CCC; razón por la cual en estos casos no hay inconvenientes interpretativos como los que estamos planteando.

También expresa tres excepciones a la regla: “...*excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato*”.

Sin embargo, no se establece el orden de prelación entre las excepciones, razón por la cual cuando la primera excepción (*significado que surge de la ley*) y la tercera (*significado que surge de los usos*) lleven a resultados diferentes, no se poseerán criterios para la decisión ³.

¿Cómo deberán proceder los contratantes o el juez en este tipo de casos? ¿Pueden verdaderamente ayudar a brindar una respuesta a la anterior pregunta nociones tan indeterminadas como las correspondientes al principio de *razonabilidad* o al principio de *buena fe* contenidos en los arts. 961 y 1061 del CCC?

¿O afincarse en tales principios constituirá sólo una puerta de escape retóricamente elegante, mediante la cual se simulará una fundamentación de la solución “conforme a derecho” cuando, en verdad, no puede haber tal fundamentación “en derecho” porque, precisamente, “el derecho” nada ha dicho al respecto?

f. El art. 1065 del CCC menciona, en tres incisos, las *fuentes de interpretación* que deben ser *tomadas en consideración* cuando la interpretación contextual no es suficiente: las *circunstancias de celebración del contrato*, la *conducta de las partes* y la *naturaleza y finalidad del contrato*.

¿Cuál es el orden de prelación entre esas fuentes?

¿*Naturaleza* y *finalidad* son nociones idénticas?

¿O acaso la *naturaleza* es “objetiva”, en el sentido de que posee una vinculación con el tipo de contratación que se realiza (p. ej., podría decirse que una compraventa tendrá una “naturaleza” diferente a una “locación”), la cual resulta, en alguna medida, independizable de la voluntad subjetiva de las partes; en tanto que la *finalidad* es estrictamente subjetiva, dependiendo por completo de los fines perseguidos por los contratantes? Si esto fuese así, ¿qué agrega la *finalidad* como fuente interpretativa que no se encuentre ya en la regla de intencionalidad común contenida en el art. 1061 del CCC?

¿En qué sentido la *naturaleza* y *finalidad* del contrato son diferentes del *objeto* del contrato que el art. 1066, 2ª parte, del CCC establece como otra pauta interpretativa?

g. ¿Acaso el art. 1067 del CCC (interpretación conforme la *confianza*) expresa una norma diferente de la que surge de la correlación de los ya mencionados arts. 1061 y 1065 del CCC?

h. ¿Acaso la 2ª hipótesis del art. 1068 del CCC (interpretación conforme un *ajuste equitativo*) expresa una norma diferente de la contenida en el art. 961, 2ª parte del CCC (asunción de obligaciones conforme el alcance *razonable* de un supuesto *contratante cuidadoso y previsor*)?

El listado de interrogantes podría seguir pero, como mencioné, el listado precedente posee sólo naturaleza ejemplificativa y tiene por objeto mostrar que tenemos mucho trabajo por delante con el articulado tal como éste se ha escrito.

³ Doy por supuesto que el significado que emerge del propio *acuerdo* prevalece por sobre todos los demás, conforme la regla de intencionalidad común, contenida en el art. 1071 del CCC.

La presencia de demasiados criterios interpretativos alternativos, fuertemente indeterminados y, para peor, sin un orden de prelación jerárquica entre sí, estimulan, en lugar de prevenir, un tipo de actuación judicial de tipo pretoriana o de naturaleza legisferante ⁴.

2. No es difícil darse cuenta que varios de los problemas que plantea el CCC en torno a la interpretación y a la integración contractual también podían considerarse presentes en el anterior articulado de los Códigos Civil y Comercial.

Sin embargo, es también innegable que la redacción de las disposiciones del CCC varía, en ciertos casos notablemente, de la redacción de las disposiciones contenidas en los arts. 1137, 1197 y 1198 del anterior Código Civil y en los arts. 217, 218, 219 y 220 del viejo Código de Comercio.

De hecho, incluso en aquellos casos en los cuales la redacción del CCC repite la redacción de los artículos de los derogados Códigos Civil y Comercial, la circunstancia de que se unifiquen las soluciones legales para las relaciones tanto civiles cuanto comerciales bajo categorías interpretativas e integrativas uniformes, constituye, en sí misma, una modificación al esquema normativo actual.

Dado que la presencia de nueva normativa en materia de interpretación e integración contractual es susceptible de generar un nuevo punto de partida, una especie de relanzamiento de las consideraciones doctrinarias y de las decisiones jurisprudenciales en la materia, un análisis que tome como línea de largada al nuevo material normativo resultará no sólo conceptualmente coherente con aquellas consecuencias que se siguen de un nuevo acto legislativo, sino también, y de modo paralelo, de utilidad a los efectos de encausar discusiones prácticas. Se trata, en definitiva, de encontrar herramientas capaces de brindar respuestas a estos nuevos problemas.

En busca de ese objetivo, repasaré algunas nociones de la Teoría General del Derecho que estimo necesarias para poder comenzar a encontrar algunas respuestas. Después de eso, pasaré a analizar de manera específica problemas relacionados con la regla contenida en el art. 961 del CCC que denominaré la regla del contratante cuidadoso y previsor (RCCP), siguiendo el recorrido que menciono a continuación.

II. El camino a recorrer

En lo que sigue:

1. Expondré las razones por las cuales la comprensión y explicación del derecho positivo de una comunidad no puede prescindir de las construcciones teóricas que se brindan desde la Teoría General del Derecho.

2. Repasaré, desde la Teoría, ciertas nociones básicas que permiten delinear los límites y diferencias existentes entre la interpretación y la integración del derecho, a los efectos de graficar el marco general desde el cual resulta posible el abordaje de los interrogantes planteados.

3. Sobre la base de tales nociones me enfocaré en la problemática que plantea la RCCP y sostendré:

⁴ Esta situación ha sido claramente graficada por SAGÜÉS (2004) y GARGARELLA (2007).

- a. Que la RCCP es un mecanismo integrativo del contrato y no un mecanismo interpretativo ni implicativo —contrariamente a lo que la redacción del artículo pareciera sugerir—.
- b. Que la RCCP, prescinde de la intencionalidad individual de las partes contratantes concretas, situándose en una hipótesis de racionalidad abstracta.
- c. Que asumir los postulados anteriores tiene consecuencias prácticas relevantes para la resolución de los casos judiciales.

III. Frente a las dudas: Teoría

1. Contrariamente a lo que cree una extendida visión popular, cualquier análisis jurídico recurre, consciente o inconscientemente, explícita o implícitamente, a una o más teorías jurídicas para resolver los problemas prácticos de los que se ocupa el Derecho.

Sencillamente, es imposible no hacerlo:

“Las teorías no tienen buena prensa: las miradas prefieren dirigirse a la práctica. Estos son tiempos de pragmatismo, definido y valorado como la disposición a obtener ciertos resultados concretos. Lo demás es pura teoría, como suele decirse con ademán despectivo.

Si ésta es una condición presente, de hecho, en nuestra cultura, su expresión no deja de ser curiosamente contradictoria. Porque el menosprecio de la teoría es, en sí mismo, una actitud teórica. Toda cultura —hasta la más pragmática— está estructurada en teorías. No necesariamente en las teorías de las que hablan los teóricos, sino también, y aún más intensamente, las teorías que presuponen implícitamente los prácticos.

... El individuo eminentemente pragmático es, pues, un teórico que se ignora a sí mismo. Toda práctica se inserta en un sistema teórico, que le sirve de fundamento y explicación. Cuando decimos menospreciar la teoría a favor de la práctica, lo que en verdad hacemos es rechazar las teorías explícitas, que pueden analizarse y debatirse, y preferir las teorías implícitas, que no nos comprometen a mantener un pensamiento coherente ni nos sujetan a la crítica de terceros” (Guibourg, 1999: 171-172).

2. Así las cosas, el derecho de una comunidad no puede mantenerse prescindente de los principios que definen la racionalidad humana ni, mucho menos, ser contrario a los mismos.

Cualquier intento de explicar el derecho de una comunidad y, en consecuencia, de adjudicar derechos utilizando categorías de pensamiento que tengan la pretensión de ser racionales o razonables⁵, deberá tener en cuenta que ninguna norma positiva ni ninguna fundamentación sentencial podrá alterar los principios o las reglas cuyo seguimiento define la racionalidad:

⁵ No me ocuparé de efectuar aquí una distinción exhaustiva entre las nociones de *racionalidad* y de *razonabilidad*. Me limitaré, simplemente, a enunciar de manera un tanto rudimentaria que, usualmente, cuando éstas son distinguidas una de otra, se entiende que la racionalidad cubre los aspectos estrictamente lógico-formales o deductivos y, eventualmente, los aspectos sensorialmente demostrables de la realidad, en tanto que la razonabilidad es una categoría teórica conforme a la cual se trabaja en el campo del saber práctico, de las conductas humanas, la cual puede prescindir hasta cierto punto de la verificabilidad, de la observación y de las inferencias deductivas.

“... ¿Podemos nosotros razonar olvidándonos de la lógica en el Proceso Judicial? Es absolutamente imposible. No podemos hablar sin seguir las leyes de la Lógica y menos podemos pensar sin ella...”

Nosotros somos seres humanos, somos seres racionales: si pensamos racionalmente no pensamos de cualquier manera; pensamos según reglas y leyes que están ínsitas en los mismos pensamientos. Repito: no se piensa de cualquier manera, no tenemos independencia absoluta para pensar: pensamos conforme a ciertas reglas; el pensamiento tiene cierto tipo de estructura. Eso es lo natural. La voluntad, a este respecto, nada puede cambiar” (Ghirardi, 1993: 17-18).

Me he detenido a formular esta aclaración porque los textos del CCC que analizaré exigirán una interpretación que no se apegue a su literalidad, si es que el sistema normativo consagrado pretende ser reconducible en términos racionales y no ser visto como un amasijo de órdenes meramente yuxtapuestas.

3. Para lograr tal cometido, expondré ciertas nociones básicas correspondientes a una *teoría de la interpretación jurídica*.

Estas nociones permitirán comprender que las disposiciones del CCC en materia de interpretación e integración contractual hacen referencia, al menos, a tres actividades de los juristas que resultan distinguibles entre sí: interpretación, implicación e integración. Tales nociones permitirán distinguir a cuál de estas actividades —y a cuáles no—, se refieren las disposiciones del CCC y, de esta manera, saber si una norma emanada del CCC que regula la forma en que las partes y los operadores jurídicos deben entender un contrato, está destinada a regular una actividad interpretativa, implicativa o integrativa.

IV. Interpretación, implicación, integración

1. Utilizo el término *integración* de una manera que permite distinguir entre la *integración normativa*, la *interpretación normativa* y la *implicación normativa*.

Esta aclaración se hace necesaria debido a la ambigüedad con que se emplean los términos interpretación, implicación e integración, en nuestro derecho en general y en el CCC en particular ⁶.

2. Un contrato, a través del uso de un determinado lenguaje, intenta expresar normas y estas normas son expresables a través de proposiciones, también lingüísticas por cierto.

En los contratos, a diferencia de lo que ocurre con la legislación, se tratará de normas particulares —no generales— las que pretenden ser expresadas a través de las formulaciones normativas. Pero serán, al fin y al cabo, normas que, como tales, serán también expresables en proposiciones normativas.

Por esta razón, las distinciones que planteo no difieren, en lo sustancial, de las que he efectuado en otras ocasiones en torno a la interpretación e integración de la ley (Barbará, 2007), las cuales, por cierto, no son para nada novedosas en la Teoría del Derecho.

⁶ Si se quisiera ser más precisos, habría que distinguir también entre la *comprensión* y la *interpretación* del significado de un hecho lingüístico, por un lado, y entre la *deducción* y la *implicación* normativa, por otro lado. Dado que estas últimas distinciones excederían las necesidades del presente trabajo, no me ocuparé de ellas aquí.

Como estas distinciones se apoyan en las nociones de formulación normativa, norma y proposición normativa, conviene hacer un breve repaso de estos conceptos.

3. La *formulación normativa* es la expresión lingüística —generalmente una oración, aunque puede ser más de una— contenida en un texto, que expresa una *norma*.

El significado de la formulación normativa es, precisamente, la norma.

Este significado (norma) es susceptible de ser descripto, a su vez, en una formulación lingüística que se denomina *proposición normativa* cuya pretensión es la de ser una expresión unívoca y precisa, esto es, carente de ambigüedad y vaguedad actuales (la ambigüedad y la vaguedad potenciales son inevitables).

4. Existe una actividad que consiste en descubrir o describir el significado de las formulaciones normativas o en asignarle un significado de entre las alternativas posibles, para el caso en que el significado de esa formulación normativa no pueda ser simplemente “descubierto” o “descripto”, la cual suele ser englobada bajo el nombre genérico de interpretación.

La noción de descubrimiento o descripción de significado supone que la actividad interpretativa puede dar cuenta del significado de un uso lingüístico determinado que es aquél empleado en la formulación normativa.

Para ubicarnos dentro de este tipo de actividad interpretativa, no importa si se pretende dar cuenta del significado del uso lingüístico del contratante real o, en cambio, si pretende dar cuenta del significado correspondiente al uso lingüístico de la sociedad en general.

Lo que sí importa es que, de este tipo de actividad interpretativa correspondiente a un contexto de descubrimiento o descripción de significado, se puede predicar verdad o falsedad desde una perspectiva que es empírica porque consiste en la descripción de hechos, a saber: o cómo usó ciertas expresiones lingüísticas el contratante; o cómo las usa determinado grupo social.

La noción de asignación de un significado entre las alternativas de significaciones posibles, supone un tratamiento de los casos comprendidos en la denominada zona de penumbra del lenguaje (producto de la vaguedad inherente a todo lenguaje no simbólico), a partir de una actividad interpretativa que es sólo hasta cierto punto empírica para luego pasar a ser conceptual o volitiva⁷.

Decimos que es empírica hasta un cierto punto en tanto, si bien es cierto que una expresión lingüística puede recibir más de un significado cuando nos ubicamos en su zona de penumbra, no es cierto que esta misma expresión pueda recibir “cualquier” significado. Los límites a las significaciones posibles, es decir, los casos claros que quedan fuera o dentro de la zona de significado de la expresión lingüística, están marcados por un criterio empírico. Este criterio empírico está dado por el uso del lenguaje, en un tiempo histórico, por parte de una persona, de un grupo de personas o de una sociedad determinada.

Pero, marcados esos límites empíricos a la zona de penumbra, será posible “asignar” un significado para los casos incluidos dentro de la misma. De

⁷ De acuerdo a la posición iusfilosófica que se posea, se sostendrá que es conceptual o que es meramente volitiva.

este significado asignado, entonces, no se podrá predicar verdad o falsedad en un sentido empírico.

El CCC, en sus arts. 1061 a 1068, establece una serie de reglas para llevar adelante la tarea interpretativa.

Así, la remisión a la *intención común de las partes* (art. 1061), a la *literalidad de los términos* contractuales (art. 1062) y al *sentido que les da el uso general a las palabras* (art. 1063), pueden ser vistos como criterios interpretativos que se ubican en la zona de descripción o de descubrimiento del significado de un texto.

En tanto que la remisión a las *circunstancias de celebración del contrato* (art. 1065), al *principio de conservación o eficacia de las cláusulas contractuales* (art. 1066) y a la *onerosidad contractual* (art. 1068), pueden ser vistos, junto con otros, como criterios interpretativos que brindan pautas para aquellos supuestos en los que hay que asignar un significado de entre los varios posibles.

5. Ahora bien, la proposición normativa que obtenemos luego de la interpretación del significado de la formulación normativa, puede —o no— ser lingüísticamente idéntica a esta última.

Si la proposición normativa es lingüísticamente idéntica a la formulación normativa, ello será porque el significado de esta última no resulta dudoso ni controvertido.

Consecuentemente, afirmar, como hemos hecho, que la proposición normativa puede ser lingüísticamente idéntica a la formulación normativa, importa admitir una acepción “amplia” de la noción de interpretación, pues estamos incluyendo dentro de lo que es la “interpretación” a los casos en los cuales se determina un significado sin que existan dudas o controversias respecto de su significado o campo de aplicación.

La acepción amplia de la noción de interpretación no es unánimemente aceptada, pues suele afirmarse que una formulación normativa sólo requiere interpretación cuando su significado es dudoso o controvertido.

A pesar de que considero inadecuada esta noción amplia de la interpretación⁸, a los efectos de este trabajo usaré la expresión en este sentido. Ello así, toda vez que lo que aquí me interesa es diferenciar la actividad interpretativa de la integradora y no los distintos aspectos que la denominada actividad interpretativa (concebida en sentido amplio) puede presentar.

6. Una vez que se han identificado las normas a partir de su correspondiente interpretación, es posible obtener consecuencias normativas que no se encuentran expresamente enunciadas en las mismas, mediante derivaciones estrictamente lógicas.

Esta actividad deductiva no supone el dictado de nuevas normas porque las normas derivadas ya se encuentran implícitas en las normas expresas.

Quien formula una norma ordena implícitamente todo aquello que sea consecuencia lógica de la norma formulada, lo cual, desde el punto de vista conceptual, es independizable de su voluntad psicológica de sancionar efectivamente esa norma derivada lógicamente.

⁸ Siguiendo los lineamientos formulados por MARMOR (2001), en una exposición presentada en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, sostiene que existían distinciones conceptuales relevantes, entre lo que es la simple comprensión del significado de un texto normativo y la interpretación del mismo.

El art. 961 del CCC, cuando establece que los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos sino, también, a *todas las consecuencias que pueden considerarse comprendidas en ellos*, está típicamente legislando acerca de esta actividad deductiva.

7. Finalmente, encontramos la modificación o transformación de una norma o de un conjunto de normas que conforman un sistema.

Esta transformación puede hacerse por vía de reemplazo, de sustracción o de adición normativa.

Cuando el art. 959 del CCC, en su segunda parte, establece que el contenido del contrato “...sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos que la ley lo prevé”, prevé hipótesis tanto de modificación cuanto de sustracción de normas contractuales.

Por su parte, el art. 964 del CCC establece hipótesis de adición de normas contractuales cuando, por ejemplo, establece la aplicación de las denominadas *normas supletorias*.

Tal artículo, si bien dice pronunciarse acerca de la manera en que deben “integrarse” los contratos, en verdad hace referencia tanto a la manera en que éstos deben integrarse en sentido estricto (incs. b y c), cuanto a la manera en que deben sustituirse las normas contenidas en ciertas cláusulas contractuales cuando éstas contradicen lo establecido en las *normas indisponibles* (inc. a).

Lo anterior, debido a que se atribuirse el nombre específico de *integración* a la actividad consistente en adicionar normas al sistema normativo.

En el caso de los contratos, esta tarea supondrá adicionar —nunca sustraer— normas particulares de naturaleza obligacional a las ya existentes en el contrato (explícitas o implícitas).

La integración permite la resolución de casos que se encuentran en zonas de lagunas o vacíos normativos, evitando recurrir a “forzar” la “interpretación” de los textos normativos (como ocurre, por ejemplo, cuando se extiende su significado para cubrir hipótesis que difícilmente podrían entenderse como reguladas por los textos originarios), pero siempre tomando como base para esa resolución argumentaciones que encuentren puntos de conexión con el material normativo originario del cual se parte.

8. Desde el punto de vista lógico y conceptual, la interpretación, la derivación lógica y la integración son operaciones diferentes entre sí y, además, la mencionada en tercer lugar supone la existencia de las dos anteriores y la mencionada en segundo lugar la existencia de la primera (Alchourrón - Bulygin, 1991: 480).

Desde el punto de vista psicológico, en cambio, estas operaciones pueden presentarse entremezcladas entre sí y sin un orden cronológico en nuestra mente que suponga haber agotado la primera de las etapas para adentrarnos en la segunda y haber agotado ésta para recién adentrarnos en la tercera.

Es que, como es bien sabido, la posible prioridad temporal psicológica no afecta la prioridad lógica porque se trata de disciplinas que, aun coincidiendo parcialmente en su objeto material de estudio, presentan un diferente objeto formal:

“... Cuando los psicólogos examinan el proceso de razonamiento lo encuentran sumamente complejo, emocional en alto grado y consistente en desmañados procedimientos de ensayo y error iluminados por repentinos chispazos de comprensión, a veces inconexos en apariencia. Ellos son de la mayor importan-

cia para la psicología. Pero estos oscuros caminos por los cuales la mente llega a sus conclusiones durante los procesos reales de razonamiento, no son en absoluto de la incumbencia del lógico. A él sólo le interesa la corrección del proceso, una vez terminado. Su problema es siempre el siguiente: la conclusión a que se ha llegado, ¿deriva de las premisas usadas o afirmadas? ... " (Copi, 1995: 5).

Sólo la perspectiva de análisis lógica permitirá diferenciar las tres etapas que el razonamiento del jurista atraviesa cuando trabaja con el material normativo.

V. El artículo 961 del Código

1. El art. 961 del CCC dice textualmente lo siguiente:

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

De su lectura puede apreciarse que el art. 961 del CCC, en su segunda parte, hace referencia a la actividad implicativa o de obtención de consecuencias a partir de textos ya interpretados.

Esta actividad implicativa puede suponer la obtención de todas las consecuencias implicadas en el antecedente (el texto interpretado del cual se parte), dentro de las cuales se incluye a aquellas consecuencias a las que *razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*⁹. Pero con esta inclusión aparecen los problemas.

2. Recordemos que sólo una vez que se ha interpretado el contrato pueden obtenerse consecuencias normativas del mismo.

Sin una premisa o proposición normativa (o sea: una formulación normativa ya interpretada) de la cual se puedan obtener consecuencias lógicas o conceptuales, no hay, por definición, consecuencias posibles.

Salvo que queramos subvertir todo el orden de la racionalidad, un consecuente supone la existencia de un antecedente del cual se parte.

De ello se deriva que la segunda parte del art. 961 del CCC (la que hace referencia a las *consecuencias* comprendidas en lo que esté *formalmente expresado* en el contrato) sólo puede ser aplicada una vez que ya se ha interpretado el contrato, una vez que tenemos un antecedente del cual partir para obtener consecuencias.

3. Ahora bien, si las cláusulas contractuales deben ser interpretadas conforme la *intención común de las partes* (y al principio de buena fe), según dicta el art. 1061 del CCC, y los artículos que siguen al mismo dan una serie de reglas tendientes a desentrañar esa *intención común*, cualquier consecuencia que obtengamos de las cláusulas contractuales ya interpretadas conforme dicho articulado podrá ser imputada a la intención común de las partes reales y no a la de los meros contratantes hipotéticos de que nos habla el art. 961 del CCC.

⁹ Es decir, trata la hipótesis del contratante cuidadoso y previsor como un caso de implicación normativa.

Digo que se trata de la intención de contratantes “hipotéticos” por las siguientes razones:

a. No hay motivo para pensar que los contratantes reales de carne y hueso sean, necesariamente, razonables, cuidadosos y previsores. Por tanto, no hay motivo para pensar que sus intenciones reales y concretas puedan coincidir con la de seres completamente razonables, cuidadosos y previsores.

b. Para que pueda tener sentido incluir una regla para la obtención de obligaciones contractuales a partir de lo que hubiese sido decidido por un contratante razonable, cuidadoso y previsor, es necesario admitir que la misma sólo resultará aplicable una vez que hemos llegado a la conclusión de que los contratantes reales nada dijeron al respecto. Si los contratantes hubiesen sido efectivamente *cuidadosos y previsores* respecto de la futura distribución de sus derechos patrimoniales (asumiendo por un momento que eso sea humanamente posible), sería innecesario apelar a la figura del *contratante razonable, cuidadoso y previsor* porque, en ese caso, los contratantes reales habrían regulado sus obligaciones y derechos respectivos de manera completa al momento de contratar (Coleman, 2010: 173).

Bajo este argumento no pretendo sostener que sea posible que los contratantes puedan, en los hechos, actuar con absoluta razonabilidad, cuidado y previsión ni, tampoco, que siempre sea racional eliminar las lagunas de antemano (por ejemplo, a través de la inclusión de una cláusula contractual que funcione a la manera de un principio de clausura del sistema normativo contractual)¹⁰.

Lo que sí sostengo es que la noción misma de contratantes razonables, cuidadosos y previsores utilizada por el CCC, exige asumir que los contratantes reales no tuvieron tales características.

c. Si comparamos el texto del art. 961 del CCC con el texto del primer párrafo del art. 1198 del anterior Código Civil¹¹, encontraremos que hay una importante modificación: se reemplaza la mención relativa a lo que *las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*, por una fórmula que refiere a un inespecífico *contratante cuidadoso y previsor* y la manera en que éste *razonablemente se habría obligado*.

O sea que, a diferencia del texto anterior, en el nuevo Código se habla de un hipotético razonable contratante cuidadoso y previsor y no de lo que entendieron o pudieron entender los contratantes en concreto.

El sentido de esta diferencia entre el texto anterior y el actual surgiría, *a priori*, de que la apelación —como regla interpretativa— a lo que las partes *verosíblemente entendieron o pudieron entender* ya está contenida en los criterios que suministran los arts. 1061 a 1065 del CCC, razón por la cual cabría entender que el art. 961 del CCC, en su última parte, ha querido adicionar una regla para la obtención de consecuencias obligacionales de los contratantes.

¹⁰ “...Aún si en la práctica fuese posible especificar plenamente un contrato, hacerlo podría resultar irracional, en tanto los costes esperados de una especificación más completa pueden exceder los beneficios esperados de establecer una solución concreta para un evento imaginable pero improbable” (COLEMAN, 2010: 173).

¹¹ Artículo 1198. *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión...*

d. Se adecua mejor a la prevalencia del consentimiento como modo de transferencia de derechos patrimoniales, pues sino competiría como criterio interpretativo —y como Teoría del Contrato subyacente— con los criterios contenidos en los arts. 1061 y ss. del CCC.

e. El art. 961 del CCC cambia su redacción respecto del anterior art. 1198 del Código Civil suprimiendo la mención relativa a lo que *las partes entendieron o pudieron entender*, obrando con cuidado y previsión, por la fórmula actual relativa al “contratante cuidadoso y previsor”.

Esto parece tener el siguiente sentido:

La apelación a lo que las partes verosímelmente entendieron o pudieron entender ya está contenida en los criterios que suministran los arts. 1061 a 1065 del CCC y se trata de criterios interpretativos.

Entonces, el art. 961 del CCC cuando habla de un *razonable contratante cuidadoso y previsor* estaría haciendo referencia a un contratante hipotético con independencia de *las partes*, es decir, de los contratantes de carne y hueso.

Dado que cuando hay lagunas ya no hay interpretación posible ¿qué otra cosa podría pedírsele al magistrado cuando tiene que integrar lagunas sino que acudir a fórmulas como la del CCC?

4. Llegados a este punto, nos encontramos frente a un problema bastante obvio. La regla del contratante cuidadoso y previsor no puede tratarse de una regla implicativa —como surgiría de la literalidad del art. 961 del CCC—, por la sencilla razón de que una regla implicativa sólo puede ser aplicada cuando ya se ha interpretado el contrato, según venimos insistiendo. Sólo una vez interpretado el contrato pueden obtenerse consecuencias normativas del mismo a partir de uno o más antecedentes que, en este caso, serían las cláusulas contractuales ya interpretadas.

Sin embargo, cuando se esté apelando a la regla del contratante cuidadoso y previsor, será, inevitablemente, porque las cláusulas interpretadas y las consecuencias que podemos obtener de las mismas, no han resuelto la manera en que deben adjudicarse derechos sobre las bases de la contratación real, es decir, cuando ya hemos “interpretado” que el contrato nada resuelve sobre el punto. Y, por cierto, ninguna *consecuencia* podemos obtener a partir de una premisa inexistente.

De este modo, contrariamente a la literalidad del art. 961 del CCC y a lo que, desde cierta perspectiva interpretativa, podría considerarse una enumeración taxativa sobre las normas integrativas de los contratos contenida en el art. 964 del CCC¹², llegamos a la conclusión de que la regla del contratante cuidadoso y previsor sólo puede ser explicada como una pauta o principio integrador del contrato y no uno como uno interpretativo.

5. Haber desconocido el valor de la Teoría como sustento de la legislación posiblemente explique el porqué de la enorme cantidad de interrogantes que genera la redacción del CCC en materia de integración e interpretación contractual. La asunción de alguna Teoría del Contrato preponderante no hubiera

¹² A mi juicio, el art. 964 del CCC no incluye a la RCCP como un criterio integrador. Salvo que entendamos, con demasiada “discrecionalidad” interpretativa, que las *normas supletorias* a las cuales se hace referencia en su inc. b) pueden subsumir una regla como la del hipotético contratante cuidadoso y previsor, es decir, que entendamos que esas *normas supletorias*, a secas, son más abarcativas que las *normas supletorias de la ley especial* a que hace referencia el inc. c) del art. 963 del CCC.

resuelto todos los problemas de la práctica pero sí habría fijado reglas de preferencia o de jerarquía entre las múltiples soluciones rivales (Barnet, 2007: 126).

A su vez, la distinción entre interpretación, integración y modificación nos permite decir que sólo habrá integración y, por tanto, posibilidad de aplicar la RCCP una vez que ya se haya interpretado el contrato y se haya llegado a la conclusión que el mismo nada dice sobre el punto a resolver.

Ello también permite comparar entre teorías contractualistas de manera adecuada: no necesariamente aquellas teorías que mejor resuelven los problemas de integración tienen que ser aquéllas que mejor resuelven los problemas relacionados con la interpretación o con el establecimiento de límites a lo expresado por las partes por parte de los tribunales (modificación de los términos contractuales)¹³. Una teoría consensual del contrato podría ser una buena teoría para explicar y resolver problemas de interpretación contractual, pero no es demasiado claro que también sea una buena teoría para resolver problemas de integración ya que aquí el *consentimiento* parece brillar por su ausencia. Sin desconocer la valía de las discusiones habidas en torno a las teorías contractuales alternativas, por ahora nos hemos constreñido a detallar algunos elementos teóricos que puedan ayudar a ordenar el abordaje de los problemas emanados de la nueva normativa del CCC y, en el punto siguiente, a mostrar la forma en que ello tiene relevancia para la adjudicación de derechos de los contratantes.

VI. Las consecuencias prácticas

1. Dado que estamos en presencia de una regla integradora generada sobre una base hipotética, nos enfrentamos ahora a un problema normativo¹⁴: ¿con qué fundamento adjudicaríamos obligaciones o derechos cuando sabemos expresamente que las partes no han “consentido” la asunción de esos derechos u obligaciones? ¿No podría sostenerse, acaso, que nadie se encuentra obligado a lo que, bajo ninguna hipótesis interpretativa de su voluntad individual, puede considerarse consentido por él?

Las respuestas a estos interrogantes son ajenas a los objetivos planteados en este trabajo. Dejaremos su tratamiento para otra oportunidad. Al respecto, me limitaré por el momento a mencionar que, desde ciertos enfoques de una Teoría del Contrato, resulta justificable concebir un contratante hipotético con independencia de los contratantes reales de carne y hueso, para adjudicar derechos. Así, por ejemplo, una teoría económica eficientista o una teoría de justicia utilitarista pueden hacerlo perfectamente. La idea sobre la que se asientan este tipo de teorías, expresada de modo muy general, consiste en entender que cuando no hay *interpretación* posible de la voluntad real de los contratantes según lo que ha sido exteriorizado en el contrato, este tipo de construcciones hipotéticas son las más eficaces, racionales o justas para adjudicar

¹³ Para una rápida visualización de las principales teorías del contrato, fortalezas y debilidades respectivas, puede verse PAPAYANNIS (2007).

¹⁴ Por *problema normativo* estamos haciendo referencia, de manera genérica, a un tipo de problemas que tienen que ver con establecer cuáles son las razones por las cuales consideramos que una norma jurídica es obligatoria en relación a sus destinatarios. Para una visión sintética de las principales discusiones involucradas en esta problemática puede verse, entre otros, MILLALEO HERNÁNDEZ (2014).

derechos, cuando existe la necesidad práctica de integrar lagunas contractuales (Coleman, 2010: Capítulo VIII).

2. En todos aquellos casos en los cuales puedan demostrar los contratantes que han tenido una voluntad individual concreta en un sentido determinado respecto de los alcances de la contratación, pero esa voluntad no se encuentre objetivada en algún acto que evidencie una intencionalidad común en un sentido determinado (la cual debe prevalecer, conforme los criterios contenidos en los arts. 1061 a 1068 del CCC), la RCCP será susceptible de generar consecuencias normativas contrarias a las que se hubiesen generado a partir de la intencionalidad real de los contratantes, cuando esta última no coincida con lo que hubiesen querido *razonables contratantes cuidadosos y previsores*, es decir, cuando la voluntad de los contratantes individuales no pueda ser considerada razonablemente previsora y cuidadosa.

Puede ocurrir, por ejemplo, que las partes contratantes, individualmente consideradas, no hayan tenido en mente que una de ellas se haría cargo de determinados gastos inherentes a la relación si mismos llegasen a producirse. Es más, esto hasta puede quedar corroborado por la prueba que alguna de ellas aporte a un eventual litigio. Sin embargo, en la medida en que no haya existido una *intención común* de las partes de contratar en ese sentido, estaremos ante un caso de laguna contractual que deberá ser integrada, llegado el caso. Y esta integración, si se apela a la RCCP, podrá no coincidir con la intencionalidad individual de los contratantes, concluyendo, por ejemplo, que la parte que se ha visto más beneficiada con la contratación sea la que soporte esos gastos, porque eso sería lo que habrían convenido contratantes razonablemente cuidadosos y previsores en condiciones ideales de contratación, aún cuando ninguna de las partes en las condiciones reales de contratación haya tenido esa intención.

Lo anterior, además, tiene consecuencias en relación a los extremos que deben probarse cuando estamos en presencia de lagunas contractuales: la prueba sobre la voluntad real *ex ante* de los contratantes se torna irrelevante ya que la misma deberá, en todo caso, recaer sobre aquello que pueda constituir un criterio objetivo de racionalidad en la contratación específica:

“...El problema técnico surge cuando se le requiere al tribunal que determine ex post lo que las partes hubiesen acordado ex ante... Determinar lo que es justo o eficiente puede resultar una tarea considerablemente más fácil que determinar lo que las partes hubiesen acordado.

La cuestión normativa es más problemática. Lo que las partes del contrato hubiesen aceptado es una función de sus poderes de negociación relativos. El poder de negociación de una persona depende de sus atributos, la información disponible, las oportunidades alternativas, etcétera. Incluso si un tribunal pudiese determinar cómo las partes habrían asignado los riesgos ex ante, al hacerlo podría estar consolidando las desigualdades de la negociación...

Una cosa es que un tribunal reconozca y haga cumplir los acuerdos que resultan de las desigualdades relativas en las posiciones de negociación cuando las partes los han aceptado explícitamente; y otra cosa distinta es que un tribunal imponga asignaciones injustas de derechos y responsabilidades en ausencia de un acuerdo explícito entre las partes...” (Coleman, 2010: 187-188).

3. Aunque sin que pueda describirse como una tendencia uniforme, nuestros tribunales ya han venido haciendo uso de la RCCP como criterio inte-

grador del contrato y no como criterio interpretativo (es decir, en contra de la redacción del art. 1198 del CC ya derogado), lo cual nos permite mostrar ejemplos reales y no meramente imaginarios de las consecuencias que provoca tratar la RCCP como pauta integradora y no como mecanismo interpretativo.

La sentencia de la Cámara de Apelaciones de Quinta Nominación de Córdoba, recaída en autos en los autos caratulados “Bobatto, Diego Oscar c. Banco de la Provincia de Córdoba - Abreviado - Cobro de Pesos”, Expte. N° 544542/36, constituye un buen ejemplo de ello.

Es un caso típico de integración de lagunas que resulta justificable conforme el principio del contratante cuidadoso y previsor. En tales autos, aun cuando el Tribunal interviniente denomina a su actividad como interpretativa, en consonancia terminológica con el art. 1198 del anterior CC, lo que hace, en definitiva, es colmar sus lagunas, según el propio Tribunal pone de manifiesto —o sea: integrar—, y lo hace en base a elementos que son en gran medida externos a la voluntad real *ex ante* de los contratantes.

Extractando de la sentencia lo estrictamente necesario, se podrá comprender la misma en cuanto aquí interesa:

El demandante había contratado con la institución demandada la prestación de sus servicios profesionales como abogado (sin subordinación con la entidad bancaria y a su propio riesgo técnico), para llevar adelante el cobro judicial de una cartera de créditos a nombre del Banco.

El plazo contratado para la locación de los servicios profesionales fue de un año y, por dicha tarea, el Dr. Bobatto percibiría del Banco, como todo pago, una suma mensual equivalente a treinta *ius*¹⁵. Ello, sin perjuicio de lo que pudiese obtener de los deudores del Banco condenados al pago de las costas en los juicios que se les iniciaren.

Finalizada la relación contractual por revocación que hiciera el Banco del poder otorgado al Dr. Bobatto —haciendo uso de facultades contractuales expresamente previstas— éste procedió a reclamar judicialmente la devolución de los gastos en los que había incurrido para la iniciación de los juicios encomendados (se trataba de gastos correspondientes a verificaciones de titularidades registrales).

El Banco se opone a esa petición. Sostiene que de las normas contractuales no surgía que esos gastos debieran estar a cargo de la institución y que la asunción de los mismos por parte del profesional era una consecuencia normal de la contratación “...*para quien recibía semejante prebenda configurada por la exclusividad en la promoción de tan importante cantidad de juicios...*”

Puesto a decidir, el Tribunal comienza razonando del siguiente modo: “... *En el caso que nos ocupa, advertimos que del contrato suscripto por las partes nada surge sobre los gastos a realizarse previos a la iniciación de los juicios... En cuanto a los gastos que nos ocupan, nada se ha convenido y, por lo tanto, no tiene por qué ser a cargo del Dr. Bobatto...*”

¹⁵ El *ius* es una unidad arancelaria mínima, de actualización periódica, establecida en el Código Arancelario para Abogados y Procuradores de Córdoba que equivale aproximadamente al 0,34% de la remuneración de un Juez de Cámara provincial de ocho años de antigüedad (art. 36, ley provincial 9459).

Es decir, se presenta la situación como un caso típico de laguna contractual.

Pero lo destacable es que se muestra el caso como el de una típica laguna contractual, aun cuando cierta prueba arrimada a la causa, merituada de algún modo alternativo, podría haber llevado al Tribunal a considerar que ya había existido algún tipo de voluntad de las partes en relación al *thema decidendum* y, así, podría haber procedido a analizar el contrato conforme pautas interpretativas y no según las pautas integrativas que en definitiva terminó empleando. Dijo en relación a la prueba:

“... El apoderado del Banco dice que dicho letrado (en referencia a Bobatto) comunicó a la institución que no le cobraría suma alguna por ningún concepto; comprometiéndose a afrontar el pago de los gastos que la operatoria registral demande, recuperando los importes erogados directamente de cada uno de los responsables al pago en sede judicial (ver notas de fs. 366, 367/369, 370/375 y 376/379). Sin embargo, no podemos tomar en cuenta dichas notas, ya que no existe constancia alguna que el Banco haya respondido a las mismas y que ese haya sido en definitiva el convenio sobre los gastos de los informes de dominio. En primer lugar, no podemos dejar de señalar que el Banco hizo opción de la cláusula por la cual la cual podía revocar el poder en cualquier momento (cláusulas sexta y quinta de los contratos de fs. 364 y 365), razón por la cual, las razones de conveniencia que hubieran podido llevar al Dr. Bobatto a firmar el contrato —a las que hace mención el apoderado del Banco— desaparecieron a los seis meses de suscribirse el convenio. El Dr. Villalba (apoderado del Banco en la causa) no advierte que difícilmente alguien se hará cargo de los gastos previos al juicio si el poderdante no le garantiza que el mandato va a durar hasta la finalización de dichos juicios, máxime cuando, como él mismo lo enfatiza, dichos pagos se cobrarían al demandado en sede judicial. Por otro lado, de la prueba rendida, se desprende que el tema de los gastos por informes de dominio (o verificaciones registrables) nunca fue afrontado y resuelto directamente por el Banco. De la declaración de los testigos... (se mencionan los nombres de ocho testigos) ... surge que el tema se trató en la sección Asuntos Legales del Banco e incluso en reuniones del Directorio; admitiéndose al principio que el estudio de títulos los pagara el actor y que los gastos le serían reintegrados; habiéndose también evaluado la posibilidad de realizar una licitación para la realización de esta tarea.

...Conforme a estos testimonios, y demás pruebas de autos, llego a la conclusión que, a pesar de haber sido conversado el tema entre las partes, las mismas no llegaron a ninguna conclusión, máxime si se tiene en cuenta la revocación del poder otorgado al Dr. Bobatto, circunstancia ésta, precisamente, que no facilitó las cosas. De allí, pues, que le asiste la razón al señor Juez a quo cuando sostiene que lo único que se contrató de manera expresa fue la prestación de la labor profesional de abogado del Dr. Bobatto; estando fuera de la contratación la cuestión del aporte de dinero para la realización de la tarea de recupero del crédito fiscal...”

De este modo, a partir de lo anterior, el Tribunal procedió a integrar el contrato de la siguiente forma, haciendo lugar a la demanda del actor: *“...siendo que el Banco de la Provincia de Córdoba fue el único beneficiario de estos trabajos, el importe de los mismos se debe reintegrar al actor, ya que lo contrario implicaría un enriquecimiento indebido por parte de la entidad crediticia en desmedro de los intereses económicos y patrimoniales del Dr. Bobatto...”*

4. Repárese en que si el Tribunal hubiese reconstruido “interpretativamente” los términos de la contratación conforme las intenciones individuales de las partes, el resultado del litigio pudo haber sido diferente, dado que pudo considerarse que el Banco demostró no haber querido obligarse a hacer frente a esos gastos (las declaraciones testimoniales señaladas así lo sugieren) y, también, pudo considerarse demostrado que el actor sí tuvo la intención de hacerse cargo de los mismos (hubo notas expresas de éste dirigidas al Banco).

Es decir, si el caso hubiese sido tomado como un caso de “interpretación” y aplicásemos la normativa del actual CCC, la forma más plausible de interpretar la intención común de las partes hubiese sido de la manera expresada en el actual art. 1064 del CCC y el resultado, por tanto, habría sido adverso al actor.

Si, en lugar de ello, se lo toma como un caso de “integración”, prescindimos de las intenciones reales de los contratantes y nos situamos en una perspectiva de racionalidad abstracta, resulta justificable la resolución a la cual se arriba: ninguna de las partes queda en peor posición que la que tenía antes de la contratación (una suerte de racionalidad Paretiana). El Banco no se “enriquece” sin causa (los estudios de títulos se hicieron) y el actor queda indemne frente a los gastos realizados.

Así las cosas, bajo la luz de la RCCP y en la medida en que el razonamiento forense pueda presentarse como integrativo de las lagunas contractuales, este tipo de decisiones, previsiblemente, encontrarán un anclaje argumental más natural de la mano del art. 961 del nuevo CCC que el que estos razonamientos encontraban bajo el ropaje de la anterior codificación.

Bibliografía

ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

— “Norma Jurídica”, en *El Derecho y la Justicia*, edición cargo de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Trotta, Madrid, 1996.

AYÁN, CRISTIAN R. - BARBARÁ, JORGE A., *Introducción filosófica al derecho*, EDUCC, Córdoba, 2015.

BARBARÁ, JORGE A., “Acerca del razonamiento por analogía”, en *Alfredo Fraguero (In Memoriam)*, dirección a cargo de Olsen A. Ghirardi, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007.

BARNETT, RANDY E., “La Teoría Consensual del Contrato”, en *Lecciones y Ensayos*, Nº 82, 2006, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.

COLEMAN, JULES L., *Riesgos y daños*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

COPI, IRVING M., *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1995.

GARGARELLA, ROBERTO, *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

GHIRARDI, OLSEN A., “El Razonamiento Débil”, en *La Naturaleza del Razonamiento Judicial (El Razonamiento Débil)*, Alveroni, Córdoba, 1993.

GUIBOURG, RICARDO A., *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.

MARMOR, ANDREI, *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001.

MENDONCA, DANIEL, *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000.

MILLALEO HERNÁNDEZ, SALVADOR, "El punto de vista interno de H.L.A. Hart (y Peter Winch): giros, comunidades y pluralidades", en *Hart en la Teoría del Derecho contemporánea - A 50 años de El concepto de derecho*, Sebastián Figueroa Rubio (ed.), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago - Chile, 2014.

PAPAYANNIS, DIEGO MARTÍN, "El valor de la teoría consensual del contrato", en *Lecciones y Ensayos*, N° 82 - 2006, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.

SAGÜÉS, NÉSTOR, *Interpretación constitucional y alquimia interpretativa (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Quinta Nominación de la ciudad de Córdoba, 13/10/2005, "Bobatto, Diego Oscar c. Banco de la Provincia de Córdoba - Abreviado - Cobro de Pesos", Expte. N° 544542/36, <http://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Default.aspx>, consulta realizada el 15/05/2016.



AHORRO Y CRÉDITO COOPERATIVOS. VICISITUDES Y VIABILIDAD *

*Roberto Fermín Bertossi***

Resumen: Este trabajo tiene como objeto comprender la importancia, relevancia y especificidad del ahorro y del crédito cooperativo, como emprendimiento autogestionario, para responder propositivamente a algunas de las principales controversias e incógnitas sobre el particular.

Por medio de un método interpretativo y reflexivo sobre la temática, procuramos comprender el fenómeno organizacional del ahorro y el crédito cooperativo como algunas de sus principales tensiones, fisuras o claudicaciones, al expandirse la pérdida de educación, de democracia y de participación cooperativas, como una consecuentemente negativa desvalorización de la calidad en la cooperatividad entre los asociados a cada cooperativa o caja de ahorro y crédito.

Igualmente, señalamos el consecuente proceso de degeneración cooperativo destacando que estos emprendimientos autogestionados, siguen una dinámica evolutiva con fuertes tensiones internas y externas, pudiendo evolucionar de forma contradictoria en relación a los presupuestos temáticos iniciales de educación, cooperación y participación. Conocer esos fenómenos es fundamental para la construcción de buenas prácticas de ahorro y crédito cooperativo en el ámbito de una nueva economía solidaria civil, proponiéndonos evitar e impedir toda manifestación degenerativa, externalidades e isomorfismos cooperativos negativos y delictivos.

Palabras clave: cooperativa - ahorro y crédito - dictadura - democracia - Papa Francisco - economía solidaria civil - naturaleza jurídica - Código Civil y Comercial (CCC) - contradictoriedades - INAES - activos cooperativos de bandera - usurocracias - isomorfismo normativo - transformación - degeneración.

Introducción

La cooperativa de crédito¹ es una asociación de personas que, sin propósito de lucro, se agrupan para compartir sus ahorros en una caja común para sus préstamos y créditos, creando con ello, disponibilidades dinerarias con las que se autoabastecen crediticia y recíprocamente.

El art. 115 del decreto de facto cooperativo 20.337/1973, es un dispositivo que en su esencia, ya estaba contenido en la ley 11.388 y, las disposiciones que contiene son aplicables a cualquier operación en dinero que pueda realizar cualquier cooperativa y mutual, sin importar su objeto.

No obstante, dicho artículo no rige para los bancos cooperativos que operaban dentro del régimen de la ley 18.061/1969, luego derogada por otro decreto de facto, este es, el 21.526/1977 (atónitamente aún vigente).

Ejemplificando lo relacionado, una cooperativa de consumo podría otorgar un préstamo a un asociado con el objeto de que éste pudiera disponer de esos recursos sea para operar con su cooperativa o para destinarlo a otro fin.

* Recibido 29/04/2016 - Aprobado 22/08/2016.

** Abogado. Investigador CIJS - UNC. Experto CONEAU en Cooperativismo.

¹ JUNYENT VÉLEZ, FRANCISCO - BERTOSSI ROBERTO FERMÍN, *La Cooperativa*, Ediar, 1987, p. 286.

Si observamos con rigor este tipo de operatoria, podríamos en algunos casos considerar que, no siendo el préstamo de dinero uno de los objetivos de la cooperativa, debería observarse y supervisarse responsablemente tal operación para que ninguna de ellas quedara al margen de la ley o del BCRA.

Pero, en los casos en que el préstamo en dinero esté contemplado expresamente en el objeto cooperativo, el decreto-ley estableció dos limitaciones, las que desde luego, era plausibles y conocidas ya antes de la sanción de esta norma de facto.

La primera limitación es la de prohibir que se apliquen descuentos al monto nominal del crédito para evitar la usura o corruptela tan frecuente en las operaciones comerciales o bancarias comunes que, al efectuar descuentos de primera amortización y/o intereses, efectiviza una entrega inferior que importa tanto como cobrar una tasa de interés mucho mayor.

La segunda limitación es la que prohíbe el cobro de intereses que superen en un punto el interés cobrado por los bancos. Esta cláusula cuando fue concebida en la década de 1920 al sancionarse la ley 11.388, se refería al Banco Nación² y era eficacísima. Era eficaz porque el Banco Nación estaba gestionado hasta entonces, como un auténtico banco de fomento, particularmente para la economía agropecuaria del país (véase la ley 11.380), carácter que hoy, desde hace varios lustros ha perdido, para transformarse virtualmente en otro simple banco comercial sin responsabilidad social, motivado e incentivado por objetivos meramente utilitarios que olvidan con el pretexto del eficientísimo, aquellos objetivos de promoción.

Otra razón por la cual el art. 115 del decreto-ley 20.337/1973 ha dejado de ser eficaz, es que en virtud de las disposiciones del Banco Central de la República Argentina (BCRA) —concebidas, diseñadas y aplicables— para supervisar bancos comerciales, argentinos y extranjeros, pero que también y sin miramientos se aplican *in totum* a la banca oficial (supuestamente solidaria... ¡nunca insolidaria!), una banca que debería tener claros y determinados objetivos de promoción y fomento dado, que estos bancos están autorizados no solamente a cobrar intereses por sus préstamos más altos que los que paga por sus depósitos (otrora fuente principal de recursos), sino que se exigen y perciben demasiadas otras retribuciones bajo el pretexto de innumerables eufemismos.

Así, por ejemplo, a un cuentacorrentista con cuyos depósitos opera el banco comercial y gana dinero, se le cobran derechos administrativos por mantenimiento de la cuenta, comisiones por clearing; comisiones por cheques acreditados o devueltos, comisiones por libramientos de resúmenes, incluso se le cobran los formularios de cheques o boletas de depósitos que se les entregan y hasta las cartas que se le envían. También se le debitan multas cuando los saldos no son suficientes como si fuesen de la esencia del contrato de cuenta corriente (*¿oficial proactiva?*), una situación de este tipo.

Todo eso es antagónico e incompatible y nada tiene que ver con la operatoria de una genuina cooperativa o caja de ahorro y crédito solidario y por todo ello, este trabajo se propone acabar con toda falsa e incontrolada cooperativa de ahorro y crédito, como las que se organizaron y funcionaron (demasiadas veces),

² Ob. cit., p. 287.

comercial, lucrativamente o en fraude de sus asociados de buena fe, conforme lo ampliaremos en el acápite: "*Usurocracias pseudocooperativas*".

Resulta inaceptable la supuesta ineficacia e ineficiencia de las cajas de crédito en pleno siglo XXI así como el seguir buscando afuera los mayores obstáculos de las mismas, cuando el meollo de la cuestión y todas las respuestas, son absolutamente endógenas al movimiento cooperativo argentino.

Consecuentemente, si entre nosotros continuara prevaleciendo la cultura insolidaria, si no somos capaces de atraer, movilizar, integrar e incrementar el ahorro solidario financiero de toda la liquidez del sector cooperativo nacional, claramente, el ahorro y el crédito cooperativo podrían resultar inviables, en cuanto tal.

En cambio, si logramos acicatear todos sus contrarios, lograríamos el anverso de toda inviabilidad y así, reverdecerían nuestras beneméritas y seculares cajas de crédito cooperativo, locales y regionales, con toda la innovación, tecnología, vinculaciones y modernización que nos exige la hora actual, para la mejor prospectiva posible sobre el particular.

Origen e importancia

A los motivos que determinaron las necesidades cambiantes de asociarse como defensa a los problemas con que se enfrentaban cotidianamente los hombres tanto del sector urbano cuanto del sector rural, para conformar las cooperativas en general, hay que añadir, en el caso particular de las cooperativas de ahorro y crédito, la situación socioeconómica desde fines del siglo XIX y la falta de apoyo o difícil acceso a insumos financieros con nuevos asociados en singular, no obstante resultar un formidable instrumento comprobado, tanto para el desarrollo local como el regional; todo esto sin olvidar la persecución dictatorial a que fueran sometidas, vgr., con la ley 16.898.

Por un lado la pequeña y mediana empresa cooperativa colisiona sistemáticamente con la carencia de dichos insumos para su propia supervivencia. Por otro lado, la necesaria industrialización y comercialización de bienes, productos y servicios cooperativos, enfrentan los mismos obstáculos. Paradójicamente, tanto las entidades bancarias privadas como las supuestamente cooperativas, ven incrementarse su poderío hasta llegar a influir decididamente en la vida de los argentinos y, no siempre con operaciones dentro de la ley, ni siquiera, dentro del país.

Versiones ultra liberales vernáculas como, por caso, el tremendo golpe de estado de Onganía el día 28 de junio de 1966, que derrocara al gobierno constitucional del Dr. Arturo H. Illía, en lo concerniente al cooperativismo/mutualismo de ahorro y crédito, configuró "su mayor y cruel matanza" consumada por los dictadores Onganía, Martínez de Hoz y sucedáneos.

En efecto, vgr., el día 8 de julio de 1966, se promulgó el decreto-ley 16.898 que habilitó al Banco Central a intervenir en las cooperativas de ahorro y crédito al punto de resolver hasta el cese de su operatoria cuando la misma no se ajustara a unas normas ultra liberales elaboradas por el BCRA, omitiendo que estas normas estaban pensadas y diseñadas para grandes entidades financieras lucrativas, algo absolutamente ajeno y extraño al genuino ahorro y crédito coo-

perativo, que por principios, caracteres y definición, no admite intermediarios ni fines de lucro.

Entonces y ante dicho escenario mutante, renace la necesidad de re-crear, regularizar, rearticular y reimpulsar Cooperativas de ahorro y crédito en la medida que concreta y accesiblemente brinden soluciones a las necesidades y problemas de las PYMES, de los trabajadores, de los campesinos y productores en el campo y en la ciudad, de los pequeños ahorristas, de los artesanos, de los titulares de artes y oficios, vgr., albañiles, plomeros, electricistas, carpinteros, taxistas, etc.

Para ello, previa una información, educación y capacitación cooperativas apropiadas, los hombres, mujeres y jóvenes con necesidades, intereses y/o finalidades análogas, podrán agruparse o reagruparse para poder canalizar atractiva, vigorosa, recíproca y solventemente sus ahorros, no sólo para lograr sus intereses conforme al art. 115 y conc. del decreto 20.337 de cooperativas del año 1973, sino, simultáneamente (*o no*), poder lograr entre sí, los créditos y préstamos imprescindibles para los emprendimientos con las dimensiones de que se trate.

No obstante, nada tuvo ni tiene que ver con todo ello, la artimaña que el gobierno saliente intentara mediante las leyes 25.782/2003 y 26.173/2006, adoptando supuestamente así, un reposicionamiento más favorable, promocional como de fomento al ahorro y crédito cooperativos.

Al respecto y con toda complicidad, el Banco Central de la República Argentina, se atrevió a sostener que: “Se busca incrementar el nivel de bancarización para favorecer el desarrollo de las economías regionales, las Pyme y los pequeños emprendedores”.

En realidad, el fracaso práctico de dichas leyes fue rotundo dado que sus exigencias nada atractivas sino extractivas, resultaron imposibles para los mejores intentos de conformar cajas de ahorro y crédito en serio todo lo cual habría sido funcional a un supuesto banco seudosolidario que opera en el país, esto es Credicoop. En efecto, a la fecha, el Banco Central de la República Argentina no autorizó a funcionar ninguna nueva y auténtica caja de ahorro y crédito cooperativo.

El Papa Francisco y las Cooperativas de... crédito³

Cinco “alientos” papales...

“Vosotros sois, ante todo, la memoria viva de un gran tesoro de la Iglesia italiana. En efecto, sabemos que en el origen del movimiento cooperativista italiano, muchas cooperativas agrícolas y de crédito, ya en el siglo XIX, fueron sabiamente fundadas y promovidas por sacerdotes y párrocos.

...

Aquí, hoy, vosotros representáis válidas experiencias en múltiples sectores: desde la valorización de la agricultura, a la promoción de la construcción de nuevas casas para quien no tiene casa, desde las cooperativas sociales hasta el crédito cooperativo, aquí ampliamente representado, desde la pesca hasta la industria, las empresas, las comunidades, el consumo, la distribución y muchos

³ Discurso del Santo Padre Francisco a los representantes de la Confederación Italiana de Cooperativas; Aula Pablo VI, sábado 28 de febrero de 2015.

otros tipos de servicios. Sé bien que esta lista está incompleta, pero es bastante útil para comprender cuán precioso es el método cooperativo, que debe seguir adelante, creativo.

Quisiera ofreceros, cinco alientos concretos...

El primer aliento es éste: las cooperativas tienen que seguir siendo el motor que levanta y desarrolla la parte más débil de nuestras comunidades locales y de la sociedad civil. De esto no es capaz el sentimiento. Para ello es necesario poner en primer lugar la fundación de nuevas empresas cooperativas, junto al desarrollo ulterior de las que ya existen, para crear sobre todo nuevas posibilidades de trabajo que hoy no existen...

Un segundo aliento —no por importancia— es el de activaros como protagonistas para realizar nuevas soluciones de bienestar, en especial en el campo de la salud... con vuestro patrimonio de conocimientos para conjugar el ser empresa y al mismo tiempo no olvidar que en el centro de todo está la persona.

El tercer aliento se refiere a la economía, su relación con la justicia social, la dignidad y el valor de las personas. Se sabe que un cierto liberalismo cree que sea necesario antes producir riqueza, y no importa cómo, para luego promover alguna política redistributiva por parte del Estado. Primero llenar el vaso y luego dar a los demás. Otros piensan que es la misma empresa quien debe dar las migajas de la riqueza acumulada, absolviendo de este modo la propia y así llamada 'responsabilidad social'. Se corre el riesgo de ilusionarse con hacer el bien mientras que, lamentablemente, se sigue sólo haciendo marketing, sin salir del circuito fatal del egoísmo de las personas y de las empresas que tienen como centro el dios dinero.

La cuarta sugerencia es esta: si miramos a nuestro alrededor nunca sucede que la economía se renueve en una sociedad que envejece, en lugar de crecer. El movimiento cooperativo puede ejercer un papel importante para sostener, facilitar y también alentar la vida de las familias. Realizar la conciliación, o tal vez mejor la armonización entre trabajo y familia...

El quinto aliento tal vez os sorprenderá. Para hacer todas estas cosas se necesita dinero. Las cooperativas, en general, no fueron fundadas por grandes capitalistas, es más, se dice a menudo que las mismas están estructuralmente subcapitalizadas...

El dinero al servicio de la vida puede ser gestionado en la forma justa por la cooperativa, si es una cooperativa auténtica, verdadera, donde no manda el capital sobre los hombres, sino los hombres sobre el capital.

Por esto os digo que hacéis bien —y os digo también de hacerlo cada vez más— en oponeros y combatir las falsas cooperativas, las que prostituyen el propio nombre de cooperativa, es decir, de una realidad tan buena, para engañar a la gente con fines de lucro contrarios a los de la verdadera y auténtica cooperación. Hacéis bien, os lo digo, porque, en el campo en el que actuáis, asumir una fachada honorable y perseguir en cambio fines despreciables e inmorales, a menudo dirigidos a la explotación del trabajo, o incluso a las manipulaciones de mercado, y hasta escandalosos tráficó de corrupción, es una vergonzosa y gravísima mentira que no se puede aceptar de ninguna manera. ¡Luchad contra esto! ¿Pero cómo luchar? ¿Sólo con las palabras? ¿Con las ideas? Luchad con la cooperación justa, la verdadera, la que siempre vence.

La economía cooperativa, si es auténtica, si quiere desempeñar una función social fuerte, si quiere ser protagonista del futuro de una nación y cada una de las comunidades locales, debe perseguir finalidades transparentes y claras. Debe promover la economía de la honradez. Una economía saneada en el mar insidioso de la economía global. Una verdadera economía promovida por personas que tienen en el corazón y en la mente sólo el bien común...”

Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de una cooperativa de ahorro y crédito, es la de ser una libre asociación civil de derecho privado, desmercantilizada, ya que el único propósito de las mismas, es el de obtener, no el logro del lucro mercantil (como el común de las entidades financieras), sino la consecución de vinculaciones de sus asociados con oportunidades, posibilidades, ventajas económicas, tecnológicas, ambientales y de carácter social, ético, moral, educativo, cultural, etc.

Este es el temperamento adoptado por el nuevo Código Civil y Comercial argentino, al haberlas tipificado como personas jurídicas de derecho privado en su artículo 148 (sin perjuicio del art. 142 y conc.).

Como notas fundacionales y fundamentales, destacamos:

- La cooperativa es una asociación de personas;
- La cooperativa es también una empresa económica basada en el servicio mutualizado a sus asociados quienes reúnen en sí mismos, la condición de usuarios o contratante con dicha asociación del servicio para cuya satisfacción se constituyó.
- En tal y único sentido posible, la actuación de estas cooperativas siempre tiene como fin al asociado, de modo tal que la cooperativa no actúa ni siquiera como mediadora ni —mucho menos intermediadora— de sus asociados dado que, por el contrario, actúa por ellos, con ellos y para ellos... sencillamente, *¡porque es de ellos!*

Así entonces, desde esta perspectiva, no hay espacio posible para ninguna intermediación financiera y consecuentemente, para ninguna supervisión del Banco Central ni del INAES, sino sólo aquella de la Inspección General de Personas Jurídicas conforme a los arts. 142, 148 y conc. del nuevo Código Civil y Comercial (CCC), relacionado y aplicable en todos los casos.

Usurocracias cooperativas & mutuales⁴

Cuando proponemos ahorro y crédito cooperativo, en modo alguno podemos omitir, reiterar nuestra referencia a tristes patologías con las que nos propusimos acabar conforme nuestras palabras introductorias como, simétricamente, con nuestro desarrollo, fundamentos, argumentos, conclusiones y propuestas finales.

El sector de las cajas de ahorro y crédito cooperativo fue víctima —entre otras tantas cosas— del culposo o doloso descontrol cooperativo por parte del órgano máximo de aplicación que lo tenía a su cargo (hasta el día 1° de agosto de

⁴ BERTOSSI, ROBERTO F., “¿Usurocracia mutual?”, Newsletter 38 <http://www.urbeetius.org/publicaciones/itemlist/category/61-newsletter>.

2015, cuando cobro vigencia el nuevo CCC), esto es, el Instituto Nacional de Economía Social y Asociativismo (INAES), a la postre, un instituto fantasma que auspicio y consintió por acción u omisión, un pavoroso y cuasi delictivo desorden que se hizo cada vez más evidente, llegando a tolerar pasivamente cuando no, hasta autorizando verdaderos escándalos (vgr., Milagro Sala, etc.) o usurocracias empantalladas con engañifas de cooperativas o mutuales; consumiéndose así, gran parte de la buena fe que las mismas, históricamente merecen.

Ello mismo, facilito el funcionamiento de pseudo cooperativas y mutuales de ahorro y crédito, en medio de una peculiar exaltación de la usura, lo que llegó a convertirse en un verdadero régimen económico y social conforme sostiene magistralmente Antonio Colomer Viadel quien lo ha calificado espléndida y maravillosamente como: “Usurocracia”⁵; por cierto al margen de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), de la Unidad de Información Financiera, (UIF) y en estos casos delictuales, también al margen del BCRA y, qué decir respecto a la conculcación sistemática de los arts. 85, 86, 116 y ¿120?, de alcurnia constitucional.

Así, estas escandalosas e innumerables cuevas usurarias o mesas de dinero al margen de la ley y de toda regulación, que funcionan rampante, campante, anárquica e impunemente en todo el país, no titubearon ni titubean en explotar la necesidad, ligereza o inexperiencia de personas, de las PYMES, de los productores, profesionales, empresarios, etc., para traducir toda usura en aprovechamientos financieros, evidentemente desproporcionadas y sin justificación ninguna ya que, es claramente notoria la enorme desproporción entre tasas e intereses por ahorro o prestaciones, según las precisiones ineludiblemente vigentes en el art. 115 del decreto-ley 20.337/1973, que fija límites precisos para todo auténtico y genuino ahorro o préstamo en dinero cooperativo:

“Artículo 115.— Prestamos en dinero. Cuando las cooperativas efectúen préstamos en dinero a sus asociados, no podrán percibir a título de premio, prima o con otro nombre, suma alguna que reduzca la cantidad efectivamente prestada a menos del monto nominal del préstamo, salvo el descuento por intereses si así se hubiera establecido, y sin perjuicio de lo que corresponda al asociado abonar por el costo administrativo del servicio según el reglamento respectivo. El interés no puede exceder en más de un punto de la tasa efectiva cobrada por los bancos en operaciones semejantes y el descuento por el costo administrativo no será superior a un quinto de la tasa de interés cobrada. Los prestamos pueden ser cancelados en cualquier momento sin recargo alguno de interés” (sic).

Nos permitimos añadir que ninguna reglamentación administrativa (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social - INAES) ni del BCRA ni de la AFIP ni de la UIF, etc.; que ninguna modificación a la ley de entidades financieras de facto, resumiendo, que nada de eso puede ir más allá o más lejos en la cuantía de los costos administrativos, en el interés cobrado o pagado ni por ningún otro concepto o eufemismo que el fijado pétreamente por la legislación propia y originaria de la materia, esto es, el art. 115 de la legislación cooperativa vigente.

⁵ COLOMER VIADEL, ANTONIO, “La Hora de Mañana y las hordas bárbaras de la Usurocracia. La barbarie contemporánea(...)”, 09/07/2010, www.lahorade.es.

Ahora bien, a propósito de la “Usurocracia”, en la Roma clásica la lucha contra el préstamo usurario fue un esfuerzo para proteger a los deudores de buena fe y establecer sus garantías, pero también por el interés público de fijar un límite a los intereses y multar a los que no lo respetaran (*ese interés legal no iba más allá de un 6% de media anual*).

Existía además, la acción privada ejercible por los deudores, víctimas de la usura, y también por terceras personas que consideraban gravemente dañina estas prácticas usurarias, para el orden e interés público.

En efecto, se trataba de la “acción de *quadruplum*” por la cual las víctimas de la usura podían pedir cuatro veces la cuantía de los intereses injustamente percibidos por el usurero.

Igualmente, los acusadores públicos por interés social a los que se llamó “*quadruplatores*” podían obtener por penas aprobadas hasta una cuarta parte de los bienes de los condenados por usura.

Conforme nos ilustra sobre esta temática Antonio Colomer Viadel en su trabajo citado, en la historia, perspectiva y prospectiva moral, ya en el Antiguo Testamento, se negaba la posibilidad de exigir interés por prestar dinero (*Ex*, 22,25) y, los Padres de la Iglesia, como San Gregorio, equiparó a los usureros con los ladrones a mano armada.

En el Concilio de Letrán del año 1139 se aprobó que “quien cobra interés debe ser expulsado de la Iglesia; y, sólo ha de ser reincorporado, con extrema precaución, y luego de una penitencia severísima”.

El Papa Eugenio III, poco después en el año 1150, afirmó: “quien cobra más de lo que importa el monto prestado, se enreda en el pecado de la usura. Todo lo que se agrega al importe prestado es usura”.

Ciertamente con el transcurso del tiempo, mucho ha cambiado la situación y el contexto pero nunca para legalizar ni legitimizar ninguna usura, en cuanto tal.

Contradicciones ¿ideológicas? del INAES ^{6 7}

En lo concerniente al ahorro y al crédito cooperativo o mutual, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social —incompetente a partir de la vigencia del nuevo CCC conforme lo relacionado—, haciendo gala —entre otras anomalías— de su recurrente desaire al principio cooperativo liminar de neutralidad política e ideológica, acaba de despachar una resolución administrativa, contrapuesta, contradictoria y, claramente anti cooperativa.

Acredita tal afirmación, el simple cotejo de las resoluciones 611 y 1828 de 2015, que dispusieron convergentemente, la creación de un “Fondo de garantías de los ahorros de los asociados” lo suficientemente apto, prudente, previsor y funcional a la propia sustentabilidad y autofinanciamiento del sistema cooperativo y mutual en términos de autenticidad y genuinidad, con la flamante resolución 142 de marzo de 2016, despachada por el actual INAES, ahora de facto, que suspendió *sine die* y ultra liberalmente, dicho “Fondo de garantía de los ahorros

⁶ BERTOSI, ROBERTO FERMÍN, “Cooperativas y Mutuales. *Contradicciones ¿ideológicas? del INAES (...)*”, 05/05/2016, www.lahorade.es.

⁷ BERTOSI, ROBERTO FERMÍN, “Cooperativas y mutuales: *Contradicciones ¿ideológicas? del INAES*”, 03/05/2016, Microjuris.com.

de asociados cooperativos y mutuales”, exponiéndose —de tan insolidaria manera— dicho ahorro y el propio crédito cooperativo o mutual, a la inclemente intemperie propia de toda insolvencia, como las que ya han padecido demasiados asociados, a lo largo y a lo ancho del país, a raíz de escandalosas bancarrotas, previsibles y evitables de innumerables cooperativas y mutuales, de (o con) secciones para ahorro y crédito.

Esta nefasta contradictoriedad descalza ideológica y patrimonialmente, toda garantía, respaldo e incentivo del ahorro y el crédito cooperativo o mutual nacional.

Evidentemente las primeras manifestaciones reglamentarias como la resolución 142/2016/ INAES, han puesto en jaque la propia nacionalización e incentivo del ahorro, del crédito, de inversiones locales para un capital productivo, así como mecanismos responsables y cuidadosos del servicio de ayuda económica, tanto mutual como cooperativa (descuidando de evitar cualquier auspicio irresponsable e indirecto, vgr.: de usurarias mesas de dinero, sus flagelos y flage-lados), tendientes a la preservación del círculo virtuoso que se genera a través del ahorro asociado y sólo con destino al préstamo en beneficio de otros asociados cooperativos, todos los que conjunta y solidariamente sostienen y repotencian duraderamente, la mutual o cooperativa de que se trate, siempre con el límite legalmente impermeable del art. 115 de la legislación cooperativa, esto es, el decreto-ley 20.337/1973.

Pero el cooperativismo y el mutualismo no han sufrido sólo eso con las primeras medidas desafortunadas y malogradas adoptadas por la recidiva de un inconstitucional e incompetente INAES de matriz dictatorial, sobre dichas materias económicas solidarias civiles, de secular y benemérito desarrollo argentino, urbano y rural.

En efecto, implícitamente, se han ratificado o adherido sin reproches ninguno, los decretos de la dictadura, tanto el 20.321/1973 para Mutuales cuanto el 20.337/1973 de Cooperativas, ampliándose negativa, inequitativa, desigual y postergantemente la vetustez, el centralismo y el corporativismo imperante en el propio INAES (decreto 1192/2002) exhibiendo con todo desparpajo, una irremontable ignorancia supina e inédita irresponsabilidad institucional, rayana con el espíritu y los alcances de los arts. 29, 36 y conc., con alcurnia constitucional.

Adviértase que el directorio del INAES se compone de siete directores, tres propuestos por el Poder Ejecutivo y cuatro por las Corporaciones cooperativas y mutuales. Pues bien, elusivamente, al designar el oficialismo actual sus tres directores, ha incluido entre ellos, uno proveniente del sector corporativo, lo que habría ampliado de hecho y contra fácticamente a cinco de un total de siete votos, aquellos que pueden emitir las corporaciones para adoptar cualquier resolución sobre estas actividades económicas solidarias civiles; garantizándose y ampliándose así, más aún, la mayoría decisoria corporativa que viene prevaleciendo —arbitraria, discrecional, anárquica y caóticamente— por quinquenios, certificándose así que, en esto, nada cambió; peor aún, *¡empeoró!*

Así pues, junto a los desaires constitucionales oficiales, vgr.: omitiendo deliberadamente el dictado de planes o programas para la instrucción general y universitaria pero, singularmente, sobre Educación Cooperativa no obstante las leyes 1420, 16.583, 23.427 y 26.206; tanto como la flagrante indefensión del valor de la moneda (art. 75, incs. 18, 19 y conc. de nuestra Constitución Nacional),

en un conjunto nefasto han generado entre otras anomalías de los ‘funcionarios’, los más negros y amenazantes nubarrones para los desarrollos cooperativos genuinos y así, consecuentemente, para todo lo atingente al auténtico ahorro y crédito cooperativos porque, obviamente, tanto ahorrar como tomar crédito en grandes entidades financieras mercantiles, tiene asimetrías invariablemente desfavorables e inconvenientes en relación a realizar lo mismo en condición de asociado con solventes cooperativas puras de ahorro y crédito nacional.

¡De ahí nuestro auspicio académico de las mismas!

Finalmente, ¿acaso reflejará lo antedicho, “un revival” del peor espíritu político-económico, para otro revival de pretéritas épocas financieras argentinas, presuntamente superadas?

Activos cooperativos de bandera

Con Colomer Viadel⁸, sostenemos que la reconstrucción de un derecho cooperativo solidario, debe configurarse como una rama autónoma en el marco de la ciencia jurídica. Por otra parte, siempre hemos considerado que la vertebración de este derecho solidario empieza en la Constitución y el derecho constitucional que debe perseguir la coherencia e integración de la comunidad política a la que organiza y para ello igualar en derechos y garantías a todos sus ciudadanos, clausurando la brecha de diferencias, sustentada en ese péndulo de privilegios y exclusiones sociales que nos da una imagen desequilibrada y deforme de muchas sociedades civiles, ora insolidarias, ora reñidas con toda cultura de mutuas y solícitas reciprocidades.

Pensemos en la importancia de un Estado social y democrático de derecho en el cual sus ciudadanos puedan tener acceso solidario y “asociativamente” a servicios eficientes de agua potable, a bienes, frutos y productos agrarios; a energía eléctrica, a transporte, a gas, a comunicaciones, a ahorro y crédito, además de educación, sanidad, vivienda, etc., y que ello se haga en condiciones que tiendan a asegurar un costo mínimo para que no produzca la exclusión en aquellas capas sociales lindantes con la pobreza, y por el contrario sea factor de inclusión social, cuantitativa pero cualitativamente.

Esto supone e implica un renovado y vigoroso sector cooperativo desburocratizado como autofinanciado —total o parcialmente, gradual y paulatinamente— por nuevas y genuinas cajas de ahorro y crédito cooperativo (o mutual), puestas en red regional, en un abanico federal de oportunidades y posibilidades, propias de una novedosa economía solidaria civil, sin intermediarios ni fines de lucro.

De ahí también que las mismas, deban tener un tratamiento fiscal favorable de su permanencia y desarrollo que permita mantener tasas e intereses solidarios, para PYMES, talleres de costuras, micro emprendedores, campesinos, titulares de artes y oficios, especialmente para los ciudadanos con carencias e incluso en situación de indigencia.

⁸ COLOMER VIADEL, ANTONIO, *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal*, Universidad Autónoma de Madrid, España. Fuentes: I) www.elderecho.com.ar; Servicios Públicos Cooperativos/2009; II) www.zonaeconomica.com, BERTOSI, ROBERTO FERMÍN, junio de 2009 - <http://www.zonaeconomica.com/bertossi/servicios-publicos-cooperativos>.

Esta propuesta consiste en una articulación federativa de los recursos y liquideces o activos físicos de todos los múltiples y diversos sectores o clases de cooperativas en los diferentes ámbitos territoriales que integran y componen — todavía muy pasivamente en términos de autofinanciamientos recíprocos— el campo cooperativo.

El fin sería crear un verdadero sector de economía solidaria civil abierto a una estrategia de afines, incorporando otras formas solidarias de organización empresarial e incluso empresas familiares, para alcanzar ese punto de masa crítica, que permitiera una cierta invulnerabilidad del sector frente a competencias abusivas y desleales de las entidades financieras lucrativas de todo porte, y reivindicara así, instrumentos solidarios civiles de apoyo para este sector de la economía, ya no sólo de carácter financiero sino comercial, tecnológico, de logística, de seguros y de formación, que les permitiera una cierta igualdad en esa competitividad de mercados con los sectores privados y públicos de la economía.

La sinergia de esta alianza tendrá, sin lugar a dudas, un efecto multiplicador y un beneficio para todos los ciudadanos por la reducción de costos, ya que no es el lucro el motor movilizador del sector cooperativo sino la redistribución equitativa, y la reciprocidad mutua.

Lo dicho implicará también un replanteamiento del principio democrático hacia un nuevo constitucionalismo solidario, que garantice también instrumentos tan útiles en este anteproyecto renovador, para el ahorro y el crédito cooperativo argentino del siglo XXI.

¿Por qué?

Porque es tan inadvertidamente vasto y eficaz el campo cooperativo con sus economías colaborativas, relacionales y relacionables. En efecto, el mismo está compuesto por decenas de miles de cooperativas registradas como agrícolas, de trabajo, de vivienda, de consumo, de servicios públicos, de medios de comunicación, de exportación e importación, de turismo, de enseñanza, etc., ante todo lo cual sólo falta compactar, dinamizar y reactivar su enorme potencial financiero... ¿*“dormido”*?

Conclusión y propuestas

Ante tanta infracapitalización cooperativa de crédito, usurocracia e insolvencias seudocooperativas con demasiados damnificados y, para impedir a tiempo una estampida de la desesperanza cooperativa en general y del ahorro o crédito solidario en singular, el gobierno no debe seguir sosteniendo cooperativas sin cooperativistas ni asociados reducidos al mero rol de “vulgares clientes”, atrapados como víctimas recurrentes de verdaderas mesas de dinero usurario o cuevas descontroladas absolutamente por el INAES, la AFIP, la UIF y el BCRA.

Caso contrario, cada cooperativa de crédito será manejada arbitraria y discrecionalmente por “una peculiar aristocracia” de un reducido número de iluminados asociados elegidos para los puestos representativos, o, lo que será más grave aún, por cuadros administrativos obscenamente incapaces, asesores carísimos y tales, todos parejamente irrepresentativos y enfrentados con los intereses de los asociados, esto es, sus patrones o empleadores, ni más ni menos.

Como ya sostuviera hace casi medio siglo su eminencia, nuestro profesor cooperativo español-valenciano, don Juan José Sanz Jarque en su obra mo-

numental⁹, adherimos, compartimos y actualizamos sus lineamientos generales para sostener que, por todo ello, los principios cooperativos no pueden garantizar más que la autenticidad formal de toda cooperativa. Su carácter y esencia realmente cooperativa, depende principalmente, de la presencia activa y participativa de sus miembros imbuidos de un profundo espíritu cooperativo. Reiteramos, una cooperativa sin cooperativistas, es decir, sin hombres que sientan y ejerzan la ética y la moral cooperativas, traduciéndolas en normas de conducta, es siempre frágil, y así no puede jugar plenamente su papel cooperativo solidario y civil.

Concomitantemente, es indispensable que los asociados-usuarios cooperativos de ahorro y crédito, no sólo tengan el derecho al poder, sino el determinado deseo de ejercerlo y el sentido de semejante responsabilidad.

A este punto del desarrollo o aproximación presente, consideramos estéril y más bien juego de palabras toda disertación sobre educación, participación o democracia cooperativa y sus problemáticas, en la medida que no partan del reconocimiento sincero de que éstas sólo se resuelven, cuando los cooperativistas de ahorro y crédito, tienen conciencia plena de sus deberes, antes que de sus derechos.

Sin este reconocimiento, cuantas soluciones se propugnen, serán meramente 'ortopédicas' en tanto la cooperativa de que se trate seguirá cojeando hasta llegar a su propia disolución, liquidación o bancarrota con infinidad de damnificados irredentos como lamentablemente es público, notorio e impune a la fecha.

Preconclusivamente, el ahorro y crédito cooperativo ¿será o no será!, según la actitud, el ardor, la aplicación y el compromiso de cada asociado, pequeño o mediano ahorrista, de cada PYME, de cada sector o clase de cooperativas para relanzar, proactivamente, un ahorro y un crédito cooperativo federal, creíble, confiable y autosustentable en el marco de una nueva economía solidaria civil, indispensable contrafuegos a un apabullante consumismo presuntuoso.

Finalmente, sostenemos que la democratización y modernización de la legislación cooperativa vigente, ya no debe esperar más. Para ello esbozamos las principales modificaciones, fundamentaciones, reflexiones y aportes de que dan cuenta y exigen en este caso, las realidades relacionadas, razones por las cuales, auspiciamos cambios profundos no solo para esclarecer dudas ni contemplar aspectos no regulados que eviten usura concitando fraternidades y reciprocidades civiles, sino que sobre los principios de la autonomía, independencia y solidaridad, un nuevo contexto normativo de cuenta, razón, explicación, justificación y apropiada regulación jurídica/administrativa, para un nuevo desarrollo cooperativo en general como, específicamente en éste, nuestro caso, asegurando y garantizando definitivamente, genuinas, auténticas y edificantes operaciones de ahorro y crédito cooperativo solidario civil; *puntualmente hoy, cuando en pleno 2016, ya en vísperas de 2017, el ahorro personal como el acceso al crédito por personas y/o pymes, son mucho menos que una esperanza y mucho más que una extravagante utopía.*

⁹ SANZ JARQUE, JUAN JOSÉ, *Cooperación. Teoría y práctica de las Cooperativas*, Universidad Politécnica de Valencia, Departamento de Derecho y Sociología; 842 págs., Valencia, España, 1974.

Agradecimientos

Con el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en la República Argentina (CIJS/UNC), ante la realidad evidente y notoria de seculares, múltiples, diversos y beneficiosos desarrollos cooperativos en la sociedad civil, a principios de la década de los '90, iniciamos nuestra investigación y estudio de la cooperación, partiendo de micro emprendimientos urbanos y rurales, con una triple finalidad:

Académica, con el objeto de elaborar e incrementar de modo sistematizado, el desarrollo de la teoría de la cooperación desde su propia génesis, afrontando el cooperativismo moderno y universal como movimiento económico solidario civil de ciencia, conciencia, compromiso y responsabilidad social, lo que nos interesó conocer, estudiar, investigar, extender y divulgar desde entonces; todo ello según nos aprobara e incentivara el tribunal de admisión universitario en el concurso respectivo del CIJS en el año 1992.

Científica, porque al lograr también el desarrollo y aprendizaje de la asignatura opcional de: "Derecho Cooperativo", aprobada unánimemente mediante Resolución del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, N° 269/03 según propuesta del suscripto en Expediente N° 05-03-03069 del mes de diciembre de 2003; habríamos de ser (*lo fuimos y lo somos*) rigurosamente científicos, en la doble vertiente de la enseñanza y de la investigación en materia jurídica cooperativa.

Pragmática, porque siendo la cooperación una de las más eficaces fórmulas para la convivencia, la asociación, la transformación de las estructuras socioeconómicas y el desarrollo humano, es del mayor interés que sea conocida por todos quienes se forman en nuestra excelente Universidad Nacional de Córdoba.

Preconclusivamente, con este trabajo sobre otra área cooperativa, al recogerse parcialmente en el mismo lo que sigue entre paréntesis como en tantos otros trabajos, maestrías, seminarios, dictado de grados y postgrados, informes, tareas interdisciplinarias, asesoramientos públicos, privados, a embajadas (Venezuela, EE.UU., etc.); congresos provinciales, nacionales e internacionales, tutorías y dirección en investigación a alumnos y abogados de diversas universidades nacionales: (UNC, UCCOR, UBA, UNL, Blas Pascal, etc.) e internacionales: (Stanford University, EE.UU., 2005/2006; Instituto Francés de Geopolítica, Universidad de Paris 8, Francia, 2007; etc.), tratamos de coronar en su segunda etapa, la obra iniciada con nuestro CIJS por el año 1992, aproximándonos sustancialmente al logro de los objetivos generales y específicos de nuestra investigación; con fines docentes, pedagógicos, didácticos, esclarecedores y promocionales para el estudio, la investigación y la docencia; para vinculaciones con empresas solidarias civiles e instituciones y en calidad de contribuciones al avance del conocimiento científico, siempre desde la materia cooperativa que hemos explorando lo más objetivamente posible hasta la fecha, lo que así fue reconocido por el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN/2007), por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria de la República Argentina, (CoNEAU/2009), etc.; por los Premios: Adepfa-Faca, a la abogacía, 1990; Gota en el Mar al periodismo gráfico solidario, 2005 y 2007, etc.

Finalmente, nada de esta investigación hubiera sido posible sin el acompañamiento y aliento de directores del CIJS como Carlos Lista, Zlata Drnas de Clement, Consuelo Parmigiani de Barbará y particularmente en este último quinquenio, del Dr. Esteban Llamosas. Todo ello sin olvidar una cálida mención a mi eterno maestro, el jurista español Don Antonio Colomer Viadel, como a los señores decanos, Dres. Ramón Pedro Yanzi Ferreira y Marcela Aspell, de nuestra querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.



NEGOCIOS PRELIMINARES, UNA NOVEDOSA INCLUSIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO*

Alejandro E. Freytes**

Resumen: El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introdujo modificaciones trascendentes al régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield en la teoría general del contrato, incorporando figuras novedosas que ya habían sido receptadas desde hace mucho tiempo en la doctrina nacional y legislaciones extranjeras.

Palabras clave: Código Civil y Comercial - contratos - contratos preparatorios - promesa - opción - preferencia.

I. Noción

Se denominan contratos preliminares a aquellos que imponen la obligación de celebrar otro en el futuro y de realizar las actividades de cooperación que fueren menester para consumarlo.

En el antiguo derecho romano recibieron el nombre de *pactum de contrahendo*, y en el desarrollo continental posterior se los conoció bajo distintas denominaciones, por ejemplo precontrato en Alemania (*vorvertrag*), antecontrato en Francia (*avant contract*) promesa en España y Portugal (*contrato promessa*). De todas ellas, la que refleja con más precisión el carácter preparatorio e instrumental de la figura es la denominación italiana (*preliminare*) que se ha convertido en la acepción más usada en la doctrina¹.

Pese a sus antiquísimos antecedentes, la especie no consiguió consagración legislativa hasta el siglo XIX, rescatado por el Código Civil Austríaco de 1811, cuyo art. 936 lo previó de modo expreso, seguido mucho después por el Código Civil Suizo de las Obligaciones (art. 22), el Código Civil Italiano (arts. 1351 y 2932) y el Código Civil Portugués (arts. 410 y 830). En América, lo han consagrado el Código Civil Mexicano (arts. 2243 a 2246), el Código Civil Boliviano (art. 463) y el Código Civil Peruano (arts. 1414 a 1425), entre otros².

En los proyectos de reforma al Código Civil de Vélez Sarsfield se advierten previsiones en el Proyecto de Unificación de 1987 (art. 1156, párr. 1°), en el

* Recibido 06/04/2016 - Aprobado 27/07/2016.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Prosecretario Académico de la Facultad de Derecho, UNC. Profesor Adjunto Derecho Privado III, UNC. Tutor Superior Derecho Civil III y Notarial II, UBP. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Correo electrónico: afreytes@fibertel.com.ar.

¹ Señala J. ALGUER, *Para la crítica del concepto de precontrato*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 322 y 427, que fue el alemán DEGENKOLB el primero que abordó de modo sistemático el estudio de esta categoría jurídica en *Zur Lehre von Vorvertrag*, Archiv. Fur die Civilistische Praxis, nº 71, 1887, p. 2.

² Un pormenorizado relevo de la legislación comparada en la materia, informa el Prof. L. MOISSET DE ESPANÉS, "Notas sobre el precontrato (Antecedentes de derecho comparado)", LA LEY, 1990-D, 775, Sección Doctrina, y LLC, 1990-283.

Proyecto de la Comisión designada por el PEN de 1992 (art. 869, primera parte) y en el Proyecto de 1998 (art. 934).

II. Discusiones sobre su viabilidad

El contrato preliminar ha generado desde antaño interminables discusiones no sólo relativas a la posibilidad de su celebración sino también referidas a su utilidad y a la forma de su instrumentación.

En el ámbito de los contratos *consensuales* se ha pensado que resulta inadmisibles consentir en consentir, esto es, formular un acuerdo sobre un consentimiento futuro, pues admitir la posibilidad de obligarse equivale sin más a obligarse, y en consecuencia, se impone cumplir las obligaciones de ese contrato en ciernes que necesariamente debe perfeccionarse. Además, la promesa de un consentimiento futuro colisiona con el inconveniente de que el consentimiento contractual es incoercible, pues nadie puede ser obligado a contratar, ni tampoco puede suplirse al remiso por obra del juez o de la sentencia.

Desde un punto de vista más estrictamente teórico, también se ha objetado la admisibilidad del preliminar de los contratos *reales* advirtiendo que ambos —preliminar y definitivo— tendrían como contenido un consentimiento idéntico en los dos supuestos: que se entregue y se restituya la misma cosa u otra de su misma especie y cantidad. Tal equivalencia torna estéril su diferenciación, y consecuente con ello, su utilización.

Finalmente, y en cuanto a su instrumentación, se objetó que si se permitiere perfeccionar al preliminar bajo cualquier forma, se abriría una brecha que por vía indirecta, eludiría los preceptos que imponen formas sustanciales al definitivo, sorteando las habituales sanciones de ineficacia y nulidad previstas en estos casos.

Sin perjuicio de los reparos apuntados, lo cierto es que la doctrina mayoritaria es ampliamente favorable a la admisibilidad del contrato preliminar, apoyada en un doble motivo: por un lado, es dable diferenciar el perfeccionamiento inmediato y actual de un contrato, de la promesa de concluir uno en el futuro, y por otro, resulta evidente la utilidad y eficacia práctica que presentan los preliminares al asegurar la celebración posterior de un negocio que por variadísimas circunstancias podría no celebrarse inmediatamente, o presentarse conveniente posponerlo para tiempos ulteriores³.

III. Caracterización

El Código Civil de Vélez Sarsfield no contenía ninguna norma que refiriese al contrato preliminar con carácter genérico. Sin embargo, la doctrina más esclarecida⁴ lo admitió dentro del amplio marco reconocido a la autonomía contractual por el art. 1197.

³ Véanse las enjundiosas consideraciones de SCHMIDT, J., *Négotiation et conclusion des contrats*, Dalloz, Toulouse, 1982, p. 27.

⁴ FONTANARROSA, R., *Derecho Comercial Argentino. Doctrina General de los contratos comerciales*, Zavalia, Buenos Aires, 1969, p. 84, n° 1; MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 134; LÓPEZ DE ZAVALIA, *Teoría de los Contratos. Parte general*, Zavalia, Buenos Aires, 1984, pp. 91 y ss.; SOZZO, G., *Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005. En la doctrina extranjera, MESSINEO, F., voz *Contratto prelimina-*

Empero, en el anterior diseño existían varias disposiciones que previeron supuestos particulares de precontratos que sirvieron de base sustentadora a la configuración de esta figura hasta ahora atípica. El más célebre de todos, sin duda alguna, fue el boleto privado de compraventa (citado en los arts. 1185 y 2355 por obra de la reforma de la ley 17.711).

Estructuralmente, el contrato preliminar forma parte del *iter negocial* del contrato definitivo, iniciando la primera fase de un proceso complejo que culmina con la consumación del acuerdo ulterior. Sienta las bases del negocio que se tiene en miras, lo prepara, preordena, y prevé del modo más minucioso posible sus bases y condiciones, comprometiendo a las partes a desarrollar toda la actividad y prestar toda la colaboración que fueren menester para la consumación del definitivo. Tales cargas importan una ineludible obligación de hacer enderezada precisamente a que tal cristalización opere en el modo y bajo las formas que los contratantes lo proyectaron. Esa primera fase del proceso es esencialísima, pues sin ella no acontecería la siguiente.

En la segunda etapa, opera la verificación y efectiva celebración del contrato definitivo, que ocurre por voluntad espontánea de los otorgantes o por vía de ejecución compulsiva de la obligación de hacer que han asumido en la primera.

Desde esa perspectiva, no hay duda alguna que el preliminar es un contrato perfecto que se presenta como un negocio dotado de todos sus elementos esenciales, caracterizado por su peculiar y singular objeto que entraña celebrar otro contrato posterior que él prevé y regula.

Pero es además, es un negocio autónomo pues tiene una naturaleza jurídica distinta del ulterior, aun cuando prepara su conclusión, media entre ambos un nexo de innegable vinculación funcional, y encuentra en este último la razón de ser de su existencia.

Como se ha dicho con singular agudeza⁵, cuando se celebra un contrato preliminar se ponen en movimiento dos contratos perfectos y distintos de los cuales el segundo constituye el cumplimiento de la obligación de contratar asumida en el primero.

Finalmente, se trata un contrato bilateral en el que ambas partes asumen recíprocamente la obligación de celebrar el contrato definitivo. Aunque se haya sostenido la posibilidad de que pueda asumir el carácter unilateral, esto es, presentarse como un negocio en el que una sola de las partes asume dicha obligación y la otra quede en libertad de hacerlo o no, estimamos que tal especie, aunque teóricamente admisible, no tiene manifestaciones prácticas y se presenta indiscutiblemente confundida con el contrato de opción al que haremos referencia en los párrafos siguientes⁶.

re, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, en *Enciclopedia del Diritto*, t. X, p. 166; FORCHIELLI, P., voz *Contratto preliminare*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1968, t. V, p. 693; ALGUER, J., *Para la crítica del concepto de precontrato*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 321 y 427; ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1988, entre muchos otros.

⁵ APARICIO, J. M., *Contratos. Parte General*, Hammuabi, Buenos Aires, 1997, t. 1, p. 339.

⁶ En la doctrina italiana se ha distinguido al preliminar bilateral del unilateral, intentando diferenciarlos. Vid. BIANCA, M., *Diritto Civile. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, t. 3, p. 183; en la nacional, SANTARELLI, F., "El perfeccionamiento del contrato y su calificación. Contratos, precontratos, acuerdos marco", LA LEY, 2005-B, 885.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha destinado las Secciones 4ª y 5ª del Capítulo III, Título II, Libro III a regular estas especies contractuales, destinando a su previsión los arts. 994 a 999. Constituye sin lugar a dudas una acertada previsión que ha colmado una laguna legislativa en el derecho privado nacional.

El primero de ellos expresa: *Art. 994. — Disposiciones generales. Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo. El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.*

La norma es concordante con los arts. 957, 958 y 969 del mismo cuerpo legal y tiene como antecedentes al art. 1156, párr. 1º del Proyecto de Unificación de 1987; art. 869 primera parte del Proyecto de la Comisión designada por el PEN de 1992 y arts. 934 a 936 del Proyecto de Unificación 1998.

La disposición transcrita impone al contrato preliminar dos condiciones: que contenga los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro, y que fije un plazo máximo de vigencia que no puede exceder de un año, u otro menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

De allí entonces que el contrato definitivo deba estar perfectamente identificado en el preliminar, sin posibilidad alguna de omisiones o confusiones a su respecto, con previsión especial de sus elementos estructurales generales y especiales, expresados de la manera más minuciosa posible. El recaudo resulta de una indiscutible sensatez para evitar ulteriores discrepancias entre los otorgantes.

Pero además, es imprescindible que el preliminar tenga de un plazo para el otorgamiento del definitivo, y aunque pueda discutirse el término fijado⁷, nos parece congruo con las características de la figura el término anual. Otro más o menos extenso, hubiere atentado contra la disponibilidad de tiempo que las partes han estimado necesario para reflexionar sobre la consumación del definitivo, haciendo perder el interés de las partes o desincentivando su perfeccionamiento.

Sólo luego del vencimiento del plazo convenido, es posible considerar en mora a los obligados a perfeccionar el contrato posterior, y podrán entonces ponerse en marcha los mecanismos para obtener el cumplimiento forzado del definitivo o la resolución del preliminar con las consecuencias propias de la responsabilidad por incumplimiento contractual. Si la prestación que se comprometió en el definitivo hubiere devenido de imposible cumplimiento, sólo resta la acción de reparación de los daños y perjuicios por el incumplimiento del preliminar.

⁷ Algunos lo han considerado demasiado breve, NICOLAU, N., "Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción", Revista de Derecho Privado y Comunitario. Problemática Contractual. Contratos en general, Rubinzal Culzoni, 2014-1, pp. 393 y ss.; otros más terminantes como APARICIO, J. M., su ponencia ante las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 1 al 3 de octubre de 2015, Comisión 4ª, "Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares", afirma que no puede limitarse la autonomía de la voluntad a través de una norma imperativa que fija un plazo máximo demasiado exiguo, que ya fue eliminado de la fuente de la que se lo tomó —los arts. 1416, 1417 y 1423 del Código Civil peruano, seguido por el art. 934, párr. 3º, del Proyecto de Reformas al Código Civil Argentino de 1998— por haberse tornado en una traba inútil, injustificada y perjudicial, proponiendo en su defecto, que se deje librado a la voluntad de las partes fijar el plazo que estimen conveniente a sus intereses, y en caso de silencio, proponerlo anual.

El plazo anual que es de caducidad y resulta aplicable —en razón de la ubicación del precepto en el nuevo cuerpo normativo— tanto a la promesa de celebrar un contrato futuro —el contrato preliminar *per se*— como al contrato de opción, puede ser renovado por las partes a su vencimiento. Con ello se impide pactar la renovación automática, otorgando a las partes solo la posibilidad de alargar el plazo si se manifiestan de modo expreso en ese sentido. Con tal cortapisa se persigue dar estabilidad y seguridad a los derechos y obligaciones que emergen del preliminar, impidiendo que permanezcan inciertos por largos periodos, y evitando las naturales consecuencias perniciosas de una falta de consumación en tiempo razonable.

Dentro del género de los contratos preliminares, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha distinguido dos especies: la promesa de celebrar un contrato (art. 995) y el contrato de opción (art. 996).

III.a. Promesa de celebrar un contrato

La primera especie contenida en el art. 995 del nuevo diseño expresa: *Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.*

La norma es concordante con los arts. 957 que define al contrato y 773 a 778, 958, 1015, 1017 y 1018 del Código Civil y Comercial y tiene como antecedentes los arts. 1185 y 1187 del Código Civil; art. 1156 del Proyecto de Unificación de 1987; arts. 934 y 935 del Proyecto de Unificación de 1998.

1. *Noción.* Como una variante del contrato preliminar, la norma regula la denominada “promesa de contrato” expresión desaconsejable —pese a que trasunta con claridad que las partes asumen la obligación de consumir en el futuro un contrato definitivo—, pues provoca confusiones con las etapas precontractuales, en especial con la oferta. Es que los preliminares no se ubican en el periodo precontractual ni constituyen una manifestación de las tratativas previas encaminadas a consumir el acuerdo aún en ciernes. Durante las tratativas las partes no asumen ninguna obligación respecto al perfeccionamiento de un contrato —aun cuando puedan eventualmente deberse daños y perjuicios por una ruptura intempestiva de las mismas— en el preliminar en cambio, el acuerdo es autónomo, acabado y definitivo. Ya anticipamos que la terminología italiana, convertida en clásica en la materia —preliminar a secas—, es la que mejor traduce el carácter preparatorio e instrumental de la figura⁸.

Para reforzar la idea expuesta, el texto comentado dispone que las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro y declara aplicables al caso el régimen de las obligaciones de hacer.

⁸ La doctrina ha distinguido, sin embargo, los contratos preliminares de los preparatorios, sosteniendo que los primeros tienen una existencia precaria hasta el perfeccionamiento del contrato definitivo, mientras que los segundos tienen una duradera, pues constituyen un marco regulatorio de eventuales contratos futuros. Así se entiende que los preparatorios no obligan a la celebración de contratos futuros a diferencia de los preliminares, pero si se celebraran deben respetar las directivas del preparatorio. Véase las consideraciones de NICOLAU, N., “Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Problemática contractual. Contratos en general*, Rubinzal Culzoni, 2014-1, pp. 394 y ss.

La promesa de contrato o simplemente el contrato preliminar a secas, entraña entonces una afectación a la autonomía de las partes restringiéndola en sus dos aspectos esenciales, la libertad de contratar y la libertad contractual, circunstancia ésta que dio motivo a algunos doctrinarios para abordar el estudio del contrato de promesa como una restricción a ese liminar principio contractual o como una manifestación de la masificación negocial⁹. La tesis no es desacertada si se repara en que desde la celebración de la promesa los contratantes no gozan ya de la posibilidad de elegir entre contratar o no hacerlo, pues están obligados a perfeccionar el contrato definitivo, y tampoco gozan de absoluta libertad de configuración interna pues el contenido del definitivo está ya inserto en el preliminar.

Sin embargo, no puede considerarse a la promesa como un negocio forzoso o impuesto, desde que los otorgantes han prestado libremente su consentimiento a obligarse en el primitivo negocio. Sin tal aquiescencia no existiría el acuerdo posterior. Por ello no resulta indispensable renovar el consentimiento ya prestado, que queda enteramente satisfecho al acordar la promesa¹⁰.

Esta especie de preliminar, según la presentación de la sección 4^a. del capítulo 3 que comentamos, constituye en realidad un contrato definitivo por cuanto las partes han fijado *ab initio* los elementos esenciales particulares del contrato definitivo, y aunque lo califiquen como preliminar, en realidad perfeccionan el definitivo, porque han logrado acuerdo sobre sus elementos esenciales y accidentales pese a que pueda faltar algún detalle baladí impuesto por la ley o por voluntad de las partes. Allí reside la utilidad práctica de la figura¹¹.

2. *Carácter formal del contrato definitivo*. Respecto de la forma, entendida como el conjunto de solemnidades que deben respetarse al tiempo de la celebración del acto, el principio general para el contrato preliminar es el de la libertad de formas, regla genérica que el nuevo diseño dispone para todos los contratos en general (art. 1015 CCCN).

Pero si el contrato definitivo es formal solemne, es decir de aquellos para los cuales la ley exige una solemnidad expresa (art. 1017 CCCN), no podría celebrarse a su respecto, un contrato preliminar. Aceptar lo contrario, sería permitir por vía de un rodeo inadmisibles, sortear la prohibición formal impuesta por la ley¹². Se adhiere así a la restricción que en igual sentido contiene el Código Civil Italiano de 1942 (art. 1351).

Una expresión de inigualable trascendencia práctica de este contrato preliminar formal lo constituye, como ya se anticipó, el boleto privado de compraventa de inmuebles.

⁹ LÓPEZ DE ZAVALIA, F., *Teoría de los contratos. Parte general*, 3^a ed., Zavallia, Buenos Aires, 1984, p. 91; WAYAR, E., *Contratos*, Zavallia, Buenos Aires, 1983, p. 304.

¹⁰ Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, R., "El contrato preliminar o precontrato", LA LEY, 2014-A, 631, quien afirma que luego del precontrato las partes no tienen necesidad de reiterar una nueva manifestación de voluntad para concretar el definitivo, sino que deben disponerse a colaborar a fin del desarrollo de la actividad necesaria para el logro del resultado.

¹¹ Vid. GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contract: formation*, LGDJ, Paris, 1988, p. 266; PALERMO, G., *Contratto preliminare*, Cedam, Padova, 1991, p. 82; APARICIO, J., *Contratos. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 332; MOSSET ITURRASPE, J., "Bordeando el circuito del contrato preliminar. El núcleo esencial del fenómeno (con motivo del boleto de compraventa)", LA LEY, 1990-E, 244.

¹² LÓPEZ DE ZAVALIA, F., *Teoría de los contratos. Parte General*, 3^a ed., Zavallia, Buenos Aires, 1984, p. 98.

En torno a esa obligación de hacer asumida por las partes, antaño se plantearon dos posibilidades: considerarla una obligación de hacer *intuitu personae*, incoercible en caso de incumplimiento —como lo previeron los arts. 1185, 1186 y 1187 del Código Civil de Vélez— o estimarla asequible de ser cumplida por terceros, pues no se trata de prestar el consentimiento para el contrato definitivo, sino sólo de perfeccionarlo, completando los requisitos que pudieren faltar¹³.

Recogiendo valiosos antecedentes jurisprudenciales que sostuvieron desde hace décadas el carácter preliminar del boleto y la ejecución coactiva en forma específica de la obligación de escriturar, el art. 1018 del nuevo Código Civil y Comercial mantiene en versión ligeramente diversa, el régimen impuesto en el art. 1185 del Código Civil velezano reafirmando el carácter de obligación de hacer que emerge del acuerdo y la posibilidad de ser cumplida por el juez en caso de renuencia del obligado¹⁴.

Si bien durante la vigencia del Código de Vélez se discutió si el boleto de compraventa era un contrato preliminar o uno definitivo —la compraventa propiamente dicha— esta controversia ha sido superada por el Código Civil y Comercial de la Nación que ha estatuido un sistema coherente en materia de forma, tanto al referirse al acto jurídico en general (art. 285 CCCN), al tratar la clasificación de los contratos en formales y no formales (art. 969 CCCN) y finalmente al regular la forma de los contratos (arts. 1017 y 1018 CCCN). Cuando el contrato debe celebrarse por escritura pública y no se requiere la forma bajo sanción de nulidad como ocurre con la compraventa de inmuebles (art. 1017 CCCN), el negocio celebrado en otra forma no queda concluido como tal mientras no se otorgue el instrumento legalmente requerido, vale como un acto en que las partes se han obligado a cumplir la formalidad exigida (arts. 285, 969 y 1018 CCCN).

El sistema es ahora absolutamente coherente con las enseñanzas doctrinarias y jurisprudenciales elaboradas durante décadas en el derecho privado nacional.

Finalmente y en cuanto a su extinción, el modo natural que tiene de terminar el preliminar es la consumación del contrato definitivo, sea que se obtenga por ejecución de los propios obligados o por ejecución judicial. Si el contrato preliminar se presenta como conexo a otro que se extingue, tal vicisitud puede o no influir en su vida pues podrían tener plazos diversos, pero si el preliminar es accesorio de otro principal que se ha extinguido, no hay duda que aquel sigue la suerte de éste.

También pueden los preliminares extinguirse por causas anormales, por ejemplo si se vuelve imposible el perfeccionamiento del definitivo (art. 955 CCCN), si un acontecimiento extraordinario e imprevisible torna excesivamente onerosa para una parte la prestación a su cargo (art. 1091 CCCN), o se frustra la finalidad que animó a las partes a contratar (art. 1090 CCCN).

¹³ LÓPEZ DE ZAVALIA, F., *Teoría de los contratos. Parte General*, 3ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 1984, p. 98.

¹⁴ Cfr. el célebre fallo de las Cámaras Civiles en pleno de la Capital Federal, *in re* "Cazés de Franchino c. Rodríguez Conde - Escrituración", LA LEY, 64-476 y muy especialmente el voto del eminente procesalista Ramiro Podetti, volcado en p. 482.

III.b. Contrato de opción

La segunda variante está regulada en el art. 996 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone: *Art. 996. — Contrato de opción. El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipula.*

La norma es concordante con los arts. 994, 1021, 1022, 1240 y 1241 del Código Civil y Comercial y tiene como antecedentes los arts. 1331 del Código Civil Italiano; 1394 del Código Civil; 1156, párr. 2º, del Proyecto de Unificación de 1987; 860, párr. 2º del Proyecto de la Comisión designada por el PEN de 1992; 936 del Proyecto de Unificación de 1998.

1. *Noción:* El contrato de opción entraña el acuerdo de voluntades por medio del cual una parte formula una oferta a otra que adquiere el derecho de aceptarla o rechazarla dentro de un plazo libremente convenido¹⁵.

El acuerdo tiene una innegable similitud con la llamada oferta irrevocable, pero ésta se funda en una declaración unilateral del proponente que le asigna ese carácter al formularla, mientras que en este caso, la fuente de tal irrevocabilidad es un contrato, cuya función es precisamente atribuirle dicha condición y carácter. Por otro lado, en la oferta irrevocable el deber de mantenerla inmodificada y firme nace de la comunicación que se formula al destinatario, mientras que en este caso, la carga se genera con la aceptación de la opción, y es precisamente el efecto esencial del contrato concertado.

Desde esa perspectiva, el contrato de opción supone la renuncia anticipada a la posibilidad de revocar la oferta, la obligación de mantenerla durante el término libremente pactado y la consumación definitiva e irreversible del contrato en cuestión, que queda automáticamente perfeccionado, una vez que el contrario acepta la propuesta en tiempo oportuno.

Se trata en realidad de un contrato autónomo, con función, objeto y efectos que le son propios y que no pueden confundirse en modo alguno con el contrato definitivo que se tiene en miras celebrar.

Su función esencial es tornar irrevocable la oferta de un modo convencional, su objeto es la renuncia del proponente al derecho de retractarla durante el plazo convenido libremente entre las partes, y sus efectos esenciales la vinculación unilateral del proponente y la correlativa facultad de libre elección por parte del beneficiario que queda así investido del derecho potestativo de aceptar o no la propuesta, y con ello, sellar definitivamente la suerte del contrato eventual.

Debe resaltarse que el de opción es un negocio actual, independiente y autónomo, mientras que el otro es uno potencial o eventual, cuya conclusión queda supeditada a la aceptación puramente potestativa del beneficiario.

Su manifestación más frecuente se da en la llamada opción de venta o locación, cuando este tipo de negocios es consumado por la intermediación de corredores inmobiliarios. Otro supuesto del caso, se presenta cuando las sociedades anónimas acuerdan a los accionistas la facultad de ser preferidos para adquirir las nuevas acciones que se emiten incrementando su capital. Una vez emi-

¹⁵ OSSORIO, A., *El contrato de opción*, 2ª ed., Uteha, México, 1963; APARICIO, J. M., *Contratos. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pp. 323 y ss.

tidas las acciones, la sociedad conviene con sus accionistas ofrecerles de modo firme e irrevocable su enajenación por un plazo determinado en que pueden ejercitar su soberano derecho de aceptación (art. 194 de la LSC)¹⁶.

2. *Características*. Se ha admitido en la doctrina¹⁷ —y así lo ha receptado la norma que comentamos— que el negocio pueda revestir el carácter de gratuito, si el compromiso del proponente no tiene contrapartida alguna pese a la ventaja que obtiene el optante, u oneroso si por el contrario, las partes acuerdan una contraprestación en beneficio del primero por soportar esta restricción a su libertad contractual.

El texto analizado impone dos restricciones novedosas: por un lado, dispone que el contrato de opción debe respetar la forma exigida para el definitivo, y por otra, lo estipula intransmisible a terceros, salvo convención en contrario expresamente convenida por las partes.

Con relación a la primera, el legislador intenta evitar que el negocio pueda constituirse en un artilugio que por vía indirecta eluda los preceptos que imponen una forma *ad substantiam* al definitivo, liberando a los contratantes de la sanción de nulidad que inflige la normativa a quienes desconocen las formas impuestas por la ley. En ese entendimiento el art. 1351 del *Codice Civile* italiano dispone que el contrato preliminar es nulo sino es hecho en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo¹⁸.

Respecto de la segunda, la restricción impuesta parece razonable en beneficio de terceros —por ejemplo los herederos del proponente— si el pacto se concierta gratuito.

IV. Pacto de preferencia

En la sección 5ª del capítulo, título y libro ya citados, el Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa del pacto de preferencia, en dos normas específicas. La primera de ellas, el art. 997 dispone: *Art. 997. — Pacto de preferencia. El pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes. Si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto puede ser recíproco. Los derechos y obligaciones derivados de este pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen.*

La norma tiene concordancia con el art. 1165 del Código Civil y Comercial, el art. 194 de la LSC y reconoce como antecedentes los arts. 1368 y 1392 del Código Civil y art. 937 del Proyecto de Unificación de 1998.

1. *Noción*. El pacto de prelación o preferencia es un acuerdo preparatorio de un contrato futuro, que puede presentarse autónomo, aunque ordinariamente está inserto como cláusula adicional en un determinado contrato, generalmente el de compraventa.

¹⁶ FONTANARROSA, R., *Derecho Comercial Argentino. Doctrina General de los contratos comerciales*, Zavalía, Buenos Aires, 1969, p. 83.

¹⁷ APARICIO, J. M., *Contratos. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 325.

¹⁸ MESSINEO, F., voz *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. X, p. 173; FORCHIELLI, P., *Contratto preliminare*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1968, t. V, p. 689; MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*, Utet, Torino, 1980, p. 200.

Con frecuencia supone un acuerdo en virtud del cual una parte, llamada promitente, asegura a otra llamada promisorio, que si se decide a realizar actos de disposición de bienes de su patrimonio, lo preferirá a él para concertarlo frente a cualquier otro interesado.

En realidad el promitente no se obliga a contratar en el futuro, queda en completa libertad de hacerlo o no, pero si lo hiciere, se compromete a preferir al beneficiario frente a cualquier otro tercero interesado en consumir el acuerdo. El pacto implica entonces una limitación para el promitente que ve limitada su libertad de contratación referida a la posibilidad de elegir libremente con quien hacerlo, pero sólo queda obligado a respetar su compromiso si el beneficiario iguala las condiciones de contratación que ofrece el tercero o las supera. Para ello es indispensable que cuando se decidiera a contratar, comunique al promisorio su voluntad en ese sentido, dirigiéndole la oferta con condiciones específicas de ella, quedando este último investido de la facultad de consumir el convenio al aceptarla.

Si la contraparte del promitente no ejerce la preferencia, el otorgante es libre de contratar con el tercero en las mismas condiciones rechazadas. Así lo ha previsto para el contrato de compraventa el art. 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código Civil de Vélez Sarsfield —al igual que el Proyecto de Unificación de 1998— no contenía una reglamentación general de la figura, sino una particular, que proveniente de la tradición romanista, lo incluía dentro de las cláusulas especiales del contrato de compraventa (arts. 1368 y 1392 a 1396). La nueva previsión legislativa dotó a la figura de un alcance generalizado y terminó reconociendo su utilización en otras especies contractuales en las que con acusada frecuencia se presenta en la vida práctica, por ejemplo, en el contrato de locación de cosas. La doctrina ya había señalado desde hace tiempo que era posible su inclusión en otros contratos bilaterales, e incluso que era admitido pactarlo como un acto autónomo de la compraventa o de otro negocio cualquiera¹⁹.

Siguiendo este temperamento, el art. 997 del CCCN admite su uso no sólo en contratos de cambio, sino también en los asociativos (en bienes sujetos a condominio), en cuyo caso puede pactarse como un compromiso recíproco de todos los involucrados, previsión esta última de razonable acierto si se repara que en estos casos los contratantes aportan esfuerzos en vistas a obtener un beneficio común y compartido por todos.

Por otro lado, la nueva previsión legislativa ha despojado a la especie de su anterior limitación, pues el Código de Vélez lo declaraba intrasmisible por acto entre vivos o *mortis causae* (art. 1396), mientras que ahora se prevé expresamente su transmisión a favor de terceros. Sin embargo, se especifica que lo será según las modalidades que fijen los contratantes, con lo cual se deja librado al amplio margen de la autonomía negocial, fijar las condiciones específicas que transmisibilidad, con posibilidad de disponer variadas restricciones, o incluso pactar su incesibilidad por cualquier causa o título.

Lo realmente inexplicable es que en esta norma de alcances generales no se haya previsto un plazo máximo de vigencia que resulta indispensable, pues el límite temporal es esencial a este tipo de acuerdos; tanto es así que en el art. 1167

¹⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los contratos. Parte Especial*, Zavallía, Buenos Aires, 1985, t. II, p. 246.

del CCCN para el contrato de compraventa estipuló un plazo máximo de 5 años para los inmuebles y de dos años para los muebles contados desde la celebración del contrato, previendo que si las partes hubieren convenido un término mayor, éste se reduce al tope legal, que por otro lado es perentorio e improrrogable. Ante este inaudito silencio, no quedará más remedio en otro tipo de contratos que no fueren la compraventa, que peticionar al juez la fijación de un plazo (art. 871, inc. d, del CCCN).

2. *Efectos.* Están previstos en la norma siguiente. Art. 998.— *Efectos. El otorgante de la preferencia debe dirigir a su o sus beneficiarios una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, en su caso de conformidad con las estipulaciones del pacto. El contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios.*

La disposición concuerda con los arts. 972, 974, 978 y 1165 del Código Civil y Comercial y acusa como antecedentes los art. 1394 del Código Civil y 938 y 1101 del Proyecto de Unificación de 1998.

Se impone que el otorgante comunique al beneficiario la oferta que le hubiere formulado un tercero en vistas a la celebración del negocio de que se trate con especial referencia a sus características y condiciones, y en especial, su voluntad de consumir el contrato propuesto. A ese respecto deberán respetarse las estipulaciones del pacto de preferencia que hubieren celebrado, por ejemplo, el plazo para formular la aceptación, que la norma no establece a diferencia del Código Civil (art. 1393) y que ahora debe necesariamente ser convenido por las partes ante el silencio de la ley.

Como no podría ocurrir de otro modo, la aceptación del beneficiario deja perfeccionado el contrato con el promisorio, excluyendo de modo definitivo al tercero, cuya oferta caduca por el rechazo que implica el ejercicio del *ius prelationis*.

La falta de respuesta en tiempo propio por parte del beneficiario deja al promitente libre de su carga, y habilitado su derecho de contratar con el tercero, bajo las condiciones que éste hubiere ofrecido en la oferta que había comunicado al promisorio, o incluso en otras más convenientes, sin necesidad de nuevo aviso.

El promitente que hubiere recibido en legal forma la aceptación de la oferta comunicada, no puede negarse a celebrar el acuerdo con el beneficiario. Su retracción generaría responsabilidad civil por incumplimiento contractual.

La obligación de comunicar se satisface con la notificación de la intención de contratar y de la oferta formulada por el tercero, sin más aditamentos. Pero debe ser respetada una única vez, obligarlo a sucesivas notificaciones ante nuevos o eventuales ofrecimientos, cercenaría indebidamente la libertad de contratar del promitente.

El art. 998 del CCCN no prevé, a diferencia de lo establecido en el art. 1394 del Código Civil, que la falta de comunicación del promitente genera la obligación de indemnizar al estipulante de todo perjuicio que le hubiere ocasionado, pero tal efecto deviene natural conforme las reglas de la responsabilidad civil. Tampoco se ha previsto, como en aquella norma, que la celebración del contrato con el tercero es válida no obstante la falta de comunicación (arts. 9º y 961 del Código Civil y Comercial), pero es ésta sin dudas, la solución más atinada, sin perjuicio de la obligación de responder por los perjuicios ocasionados.

La norma no establece tampoco forma especial para el acuerdo de prelación, por lo que el aspecto queda sujeto a cuanto determine la autonomía privada, pero tratándose de inmuebles es obvio que deberá respetarse la solemnidad escrituraria ordenada en el art. 1017, inc. a), insertando el pacto en la escritura traslativa de dominio.

V. Contrato sujeto a conformidad

La sección concluye con otra figura que aunque no guarde exacta correspondencia con el concepto de contrato preliminar, aparece legislado entre ellos. Dice el art. 999 del nuevo Código: *Art. 999.— Contrato sujeto a conformidad. El contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva.*

La norma tiene concordancias con los arts. 346, 348 y 349 del Código Civil y Comercial y antecedentes en los arts. 528 del Código Civil y 939 y 940 del Proyecto de Unificación de 1998.

1. *Noción.* El artículo prevé la figura del llamado contrato *ad referendum* admitido por la doctrina y la jurisprudencia desde hace tiempo. En esencia la especie entraña un acuerdo que queda supeditado a la conformidad o autorización que para su perfeccionamiento debe brindar un tercero ajeno a las partes contratantes.

Por estimarlo un negocio sujeto a un hecho futuro e incierto —la mentada conformidad o autorización— la norma lo caracteriza como un contrato sujeto a una condición suspensiva por cuanto su eficacia no se inicia hasta tanto dicha aquiescencia se verifique.

2. *Carácter condicional.* La condición es un elemento accidental de los actos jurídicos en general en virtud del cual las partes subordinan a un acontecimiento futuro e incierto la producción o la resolución de los efectos del negocio.

En este caso particular como la condición es suspensiva, hasta tanto ocurra la conformidad o autorización del tercero de quien depende la suerte del acuerdo, el negocio no puede producir efecto alguno. Así, este evento compromete la eficacia integral del negocio en cuanto entraña la disyuntiva de que tal conformidad se produzca para que el acto se consolide en su plenitud. Caso contrario, queda desprovisto de toda consecuencia ulterior.

La doctrina ha sostenido que los llamados negocios *ad referendum* o claudicantes, se caracterizan porque la declaración de voluntad de algunos de los contratantes (o la de ambos) requiere ser integrada por otra declaración de voluntad (asentimiento, aprobación, homologación), es decir, el consentimiento es dado bajo la *condicio juris* de producirse un hecho externo que lo hace eficaz²⁰.

También se lo ha calificado como un acto complejo, que requiere la combinación de diversas declaraciones de voluntad distintas puestas al servicio del

²⁰ Cfr. LLAMBÍAS, J., *Código Civil Anotado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, t. III-A, pp. 35/37; LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los Contratos. Parte General*, Zavallía, Buenos Aires, 1991, t. I, pp. 90/92. En la jurisprudencia, CNCiv., sala D, 13/12/1983, "Carrascal, Carlos c. Videla, Dorna"; CNCom., sala C, 09/12/1986, "Cesaro, Eduardo c. Romano, Pascual"; CNCom., sala B, 21/12/2007, "Peroni, Gino Esteban y otro c. Medicina y Ciencia S.A.", elDial.com - AA46B2.

interés de uno de los agentes o de terceros por quienes actúan los que emiten la declaración²¹.

Empero, algunos han cuestionado su naturaleza contractual, estigmatizándolos por no verificar el consentimiento libremente expresado de todos los involucrados al momento de su celebración. Así se ha dicho que los contratos *ad referendum* no merecen el nombre de contratos, pues no reúnen todos sus requisitos indispensables, en particular aquellos que se tuvo en miras cumplir al otorgarlos. Por ello, no lo son los que realizan los representantes legales de los incapaces subordinados a la homologación judicial, aquellos en que intervienen los síndicos en los concursos para obtener la conformidad de la junta de acreedores o bien los directorios en las compañías con vista al pronunciamiento de las asambleas, como cualquiera de los restantes mandatarios que se sujetan al asentimiento de los respectivos comitentes²².

Pese a tales objeciones, más teóricas que prácticas, la mayoría admite la utilidad de la figura.

El régimen aplicable al supuesto es el que emerge de los arts. 343 y siguientes para los actos jurídicos sujetos a condición suspensiva.

Bibliografía

- ALGUER, J. *Para la crítica del concepto de precontrato*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- APARICIO, J., *Contratos. Parte General*, ts. I, II y III, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, 2001, y 2012.
- BIANCA, M., *Diritto Civile. Il contratto*, t. 3, Giuffrè, Milano, 2000.
- COMPAGNUCCI DE CASO, R., "El contrato preliminar o precontrato", LA LEY, 2014-A, 631.
- FONTANARROSA, R., *Derecho Comercial Argentino. Doctrina General de los contratos comerciales*, Zavalía, Buenos Aires, 1969.
- FORCHIELLI, P., *Contratto preliminare*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. V, Utet, Torino, 1968.
- GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contract: formation*, LGDJ, Paris, 1988.
- LAFAILLE, H., *Derecho Civil. Contratos*, vol. I, Ediar, Buenos Aires, 1953.
- LLAMBÍAS, J., *Código Civil Anotado*, t. III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los contratos. Parte Especial*, t. II, Zavalía, Buenos Aires, 1985.
- *Teoría de los contratos. Parte General*, 3ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 1984.
- MESSINEO, F., voz *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. X, p. 166.
- MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*, Utet, Torino, 1980.
- MOISSET DE ESPANÉS, L., "Bordeando el circuito del contrato preliminar. El núcleo esencial del fenómeno (con motivo del boleto de compraventa)", LA LEY, 1990-E, 244.
- *Compraventa Inmobiliaria*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1976.

²¹ MOSSET ITURRASPE, J., *Compraventa Inmobiliaria*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1976, p. 26; SPOTA, A., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. II, p. 1.

²² LAFAILLE, H., *Derecho Civil. Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1953, vol. I, nro. 38, p. 52.

— *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995.

— “Notas sobre el precontrato (Antecedentes de derecho comparado)”, LA LEY, 1990-D, 775, Sección Doctrina, y LLC, 1990-283.

NICOLAU, N., “Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción”, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Problemática Contractual. Contratos en general, Rubinzal Culzoni, 2014-1, p. 393

PALERMO, G., *Contratto preliminare*, Cedam, Padova, 1991.

ROMAN GARCÍA, A., *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1988.

OSSORIO, A., *El contrato de opción*, 2ª ed., Uteha, México, 1963.

SANTARELLI, F., “El perfeccionamiento del contrato y su calificación. Contratos, precontratos, acuerdos marco”, LA LEY, 2005-B, 885.

SCHMIDT, J., *Négotiation et conclusion des contrats*, Dalloz, Toulouse, 1982.

SOZZO, G., *Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del periodo precontractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

SPOTA, A., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1982.

WAYAR, E., *Contratos*, Zavalía, Buenos Aires, 1983.



RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR EL HECHO DAÑOSO DE SUS HIJOS EN LA TENENCIA COMPARTIDA *

*Olga Orlandi ** - Gabriel E. Tavip ****

Resumen: En Argentina, la titularidad, el ejercicio de la responsabilidad y el cuidado personal de los hijos es compartido, salvo situaciones de excepción. Además se ha modificado sustancialmente el enfoque en relación al factor de atribución de responsabilidad por el hecho dañoso causado por los hijos. Se pasó de un sistema subjetivo a uno netamente objetivo. Estos cambios legislativos introducidos por el CCyCN, modifican la manera de responder a dichos daños. Son responsables solidarios ambos progenitores, sin consideración de cuál de ellos estaba al cuidado del hijo al momento de acontecer el hecho que dio lugar a la acción de responsabilidad civil.

Palabras clave: responsabilidad - padres - daños - hijos.

1. El planteo

El presente trabajo se origina en el marco del proyecto de investigación “*La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en la tenencia compartida*”¹.

Se investigó el impacto de la nueva concepción de la responsabilidad parental en el derecho de daños, específicamente, en las relaciones que nacen entre el damnificado, el autor del daño y los progenitores de éste. En esa línea de investigación se utilizó como plataforma las nuevas tendencias que se consolidaron en la doctrina y jurisprudencia en punto a la “tenencia compartida”. Se planteó la tesis de que si el cuidado personal es —por regla general— compartido, también corría la misma suerte la responsabilidad civil de ambos progenitores frente al tercero damnificado.

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) refuerza esa postura consagrando la responsabilidad civil de ambos progenitores, asentada en la responsabilidad parental compartida que opera como principio general y rector del nuevo texto legal.

Se analiza la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en Argentina, partiendo del Código Civil derogado hasta el CCyCN. También se menciona, sólo descriptivamente, algunas legislaciones del derecho comparado para usarlas de modo referencial al desarrollar nuestro sistema jurídico.

El objetivo propuesto es identificar los principales cambios operados en el derecho argentino, los principios que los sustentan y si los mismos se ordenan con las legislaciones del derecho comparado.

¹ Recibido 03/04/2016 ~ Aprobado 22/08/2016.

^{**} Director: Dra. Olga Orlandi. Doctora en derecho. Profesor adjunto UNC. oorlandi@arnet.com.ar.

^{***} Codirector: Ab. Gabriel E. Tavip. Profesor UNC gabrieltavip@gmail.com. Investigadores: Ab. Graciela Moreno Ugarte; Ab. Sebastián Monjo; Ab. Susana Verplaetse; Ab. Claudia Lúpoli; Ab. María Belén Mignon y Ab. María Victoria Jalil Manfroni (docentes investigadores de la UNC).

¹ Aprobado por la Resolución SECYT 1595/14.

2. La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en Argentina

Se pasa revista al diferente abordaje que mereció la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el Código Civil de Vélez, luego con las reformas de las leyes 23.264 y 24.830 y, finalmente, en el CCyCN.

Esta consideración resulta a todas luces necesaria, en tanto evidencia la transformación que ha sufrido el instituto de la responsabilidad parental —anteriormente denominada “patria potestad”— a la luz del nuevo paradigma del derecho humanitario. En esta línea de pensamiento, es preciso marcar que el lenguaje no es neutro y que la alusión responsabilidad parental, posiciona a dicha institución en una figura respetuosa del principio de democratización de las familias, haciendo hincapié en los deberes y responsabilidades que incumben a los adultos sobre la persona y bienes de sus hijos/as.

2.1. La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Código Civil

2.1.1. La “patria potestad” del Código Civil derogado

En el Código Civil derogado, la titularidad de la responsabilidad parental recaía siempre sobre ambos padres, mientras que, como regla, el ejercicio de la responsabilidad parental correspondía a ambos sólo si convivían².

Si los padres no convivían, como regla, el ejercicio es unipersonal —preferente— y recaía sobre quien detenta la “tenencia” de los hijos, otorgando la ley un derecho al progenitor no ejerciente a visitar y supervisar la educación de sus hijos (art. 264 inc. 2 CCiv.), además de exigir su consentimiento en los actos trascendentes de la vida del hijo menor, a tenor del art. 264 quater CCiv.

Sin perjuicio de ello, desde un tiempo atrás soplaban nuevos aires, que hacían repensar la idea de la “tenencia” hacia una noción compartida, conjunta, que involucrara a los dos progenitores en el cuidado y educación del hijo. La idea de la “tenencia compartida” iba de la mano del principio de igualdad de ambos progenitores y, también, de su responsabilidad.

La regulación puede pensarse a partir de la ley 26.061³ que introduce en el art. 7° lo que nomina la “responsabilidad familiar”, preceptuando que “El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”.

Tales conceptos eran aplicados por la jurisprudencia, en la mayoría de los casos, cuando existía un acuerdo de los dos progenitores en punto al régimen de alimentos y “tenencia”, siendo rechazado, por lo general, cuando se trataba de un conflicto con posiciones antagónicas.

² En el CCiv. de Vélez, la llamada “patria potestad” estaba regulada en los arts. 264 al 310, en el Título II “De la patria potestad”, en la Sección Segunda, nominada “De los derechos personales en las relaciones de familia”, del Libro Primero “De las Personas”.

³ Esta ley —sancionada en el año 2005—, significó un avance normativo, en tanto *aggiorna* la legislación interna en materia de infancia y adolescencia, a los preceptos normativos plasmados en la Convención sobre los Derechos del Niño, texto ratificado por Argentina en el año 1989. Actualiza el compromiso internacional asumido por el Estado en cuanto a los derechos humanos de la niñez y adolescencia, priorizando a las familias en la responsabilidad parental, es decir, responsabilizándolas como primer sujeto obligado frente a las necesidades de sus hijos/as. De dicha norma, se extrae una noción amplia de familia —introduce la noción de familia extensa y vínculos socio-afectivos— y subyacen principios de solidaridad familiar y responsabilidad parental acordes a la noción de democratización de las familias.

Es decir, la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se disociaba cuando la pareja conyugal se separaba. Si bien la titularidad la conservaban ambos progenitores, el ejercicio se otorgaba al progenitor que se le otorgaba la “tenencia”⁴ de los hijos/as.

Se destacan los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinarios tendientes al reconocimiento de la “tenencia compartida”, es decir, que hijos e hijas pudiesen ver en la medida de lo posible minimizados los efectos de la separación de sus progenitores, contando en el sentido moral y material con ambos progenitores en su vida cotidiana.

Este esfuerzo puntualizó varios aspectos: por un lado el reconocimiento de la igualdad entre varones y mujeres en el ejercicio de la responsabilidad parental, derribando estereotipos y discriminaciones de género inversas respecto de las mujeres. Asimismo, se destacaban las ventajas para ambos progenitores de un sistema democrático respecto del cuidado de los hijos: por una parte, romper con la figura obligada de mujer-madre tiempo completo, pudiendo así desarrollar proyectos individuales y personales más allá de la maternidad; y derribar también la figura —generalmente del padre-varón— del progenitor no conviviente que “visita” y no se involucra con tareas que hacen al cuidado cotidiano de las personas.

Este esquema ideológico que rodeaba a la familia patriarcal, fuertemente estereotipada también hacia su impacto en materia de responsabilidad civil. Es decir, se ligaba de manera contundente al rol del cuidador con el agente responsable por el hecho de los hijos, circunstancia que debió adecuarse a los nuevos preceptos reguladores de la responsabilidad parental.

2.1.2. La responsabilidad civil de los padres

La responsabilidad de los padres⁵ se encontraba en el derogado art. 1114 CCiv, según las modificaciones introducidas por las leyes 23.264 (1985)⁶ y 24.830 (1997)⁷.

Antes de 1985, el art. 1114 CCiv. establecía la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos menores, conforme al sistema de ejercicio de la patria potestad, anterior a la reforma de la ley 23.264 del año 1985: sólo respondía el padre y —por su muerte, ausencia o incapacidad— la madre. Es decir que eran responsables de los daños causados por los hijos menores de edad, en esos términos y orden⁸.

⁴ La voz “tenencia” hace clara alusión a un derecho posesorio, propio de la regulación normativa de las “cosas” y no de las personas. Por ello, resulta apropiado hablar de “cuidado”, ya que dicha expresión se orienta de manera precisa al ejercicio de los deberes, actividades cotidianas y esfuerzo humano que se implementa cuando existen actos de cuidado de personas.

⁵ LLOVERAS, NORA - MONJO, SEBASTIÁN, “Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código”, LA LEY, 09/10/2013, 1; Cita Online: AR/DOC/3551/2013.

⁶ Ley 23.264, Código Civil y Código de Comercio, Filiación - Modificaciones. Sancionada: 25/09/1985. Promulgada: 16/10/1985. Publicada en el B.O. del 23/10/1985, nro. 25.789, p. 1.

⁷ Ley 24.280, Código Civil, Modifica los arts. 1114, último párrafo y 1117. Sancionada: 11/06/1997. Promulgada de Hecho: 03/07/1997. B.O.: 07/07/1997. El art. 1º agrega como último párrafo del art. 1114 del Código Civil lo siguiente: “Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo”. El art. 2º, alude a los establecimientos educativos y los alumnos menores.

⁸ GARZÓN, MARÍA - MONJO, SEBASTIÁN, “El requisito de la convivencia en la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 67, noviembre 2014, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer

La ley 23.264 de 1985, reforma el derogado CCiv., y la patria potestad, disponiendo un sistema de ejercicio diferente; en consecuencia reformula el art. 1114 CCiv., estableciendo que⁹: “El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor¹⁰.”

Con relación al factor de atribución, se discutió si el mismo era: a) subjetivo, fundado en la falta de vigilancia activa o culpa *in vigilando* (Salvat, Salas, Lafaille, Borda, Bustamante Alsina); en una falta en la educación (Aguiar, Ovejero); o ambas (Llambías, Alterini, Orgaz); b) objetivo, ya sea por la garantía (Plovanich) de mayor solvencia patrimonial (Wayar), por la responsabilidad parental en sí misma (Lloveras, Trigo Represas, Kemelmajer de Carlucci, Zavala de González) o por riesgo (Bueres, Mayo, MossetIturraspe)¹¹.

Sin perjuicio de ello, una interpretación armoniosa entre la posibilidad de exonerarse el padre que no tuviere a su cuidado al hijo en el momento del hecho (art. 1114 CCiv. derogado), junto con la eximente del art. 1116 del CCiv. derogado, la doctrina mayoritaria entendió que debía imputarse al padre falta de vigilancia o, más bien, una presunción de culpa.

En este sentido, se dijo que “los padres de los menores de edad que agredieron al actor deben ser considerados civilmente responsables del hecho, pues la existencia de una pelea anterior no legitima la causación de lesiones gravísimas mediante el golpe con una pesada piedra arrojada a quien ya estaba desvanecido como consecuencia de haber sufrido un golpe en la cabeza asestado con un bate de béisbol, lo cual da cuenta de la existencia de un déficit en la formación de los agresores, inherente a la propia naturaleza del ilícito”¹².

También se sostuvo que “respecto de la responsabilidad de los padres de los menores, mayores de 10 años, que causan daños la doctrina ha discutido si es subjetiva (por el deber de vigilancia, o la falla en la educación, etc.) u objetiva, derivada de la patria potestad. Las causas de exoneración de responsabilidad si se entiende que el factor de atribución es subjetivo, son mayores que si el factor de atribución es objetivo. El art. 1114 CCiv. contemplaba causas de exoneración total como lo son la transmisión de la guarda y la demostración de que hubiese sido imposible para el padre evitar el daño, ejerciendo una vigilancia activa (art. 1116

de Carlucci; Marisa Herrera, AbeledoPerrot, Buenos Aires, ISSN 1851-1201, RNPI 5074814, pp. 101 a 115.

⁹ El art. 1114 CCiv. tiene como origen el art. 6° de la ley 23.264, B.O. 23/10/1985. Se aclara que el párrafo final se agrega por la ley 24.830 del año 1997, como ya se señaló.

¹⁰ Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo” (párrafo incorporado por art. 1° de la ley 24.830, B.O. 07/07/1997).

¹¹ LLOVERAS, NORA - MONJO, SEBASTIÁN, “Responsabilidad de los padres y otras personas encargadas”, en *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO (Director), Zavala, Buenos Aires, 2015, t. 2, pp. 53-95.

¹² Dos menores resultaron condenadas en sede penal por haber provocado lesiones gravísimas a una persona a quien golpearon con un bate de béisbol y piedras. El damnificado promovió demanda indemnizatoria, que fue admitida en tanto el juez de primera instancia consideró responsables a los padres de los menores involucrados en el hecho. La sentencia fue apelada por ambas partes. La Cámara de Apelaciones admite parcialmente el recurso de la parte actora y eleva el monto de condena. CApel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 11/03/2014, “P. L. C. c. C. L. A. y otros s/ ordinario”, La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/7946/2014.

CCiv). Tal referencia persuade que, aun cuando el art. 1116 aludía a un supuesto de caso fortuito, al reforzar la exigencia de que se haya producido mientras el padre o la madre o ambos estaban ejerciendo la vigilancia activa del menor, en rigor lo que establecía el art. 1114 CCiv. no puede sino ser una presunción de culpabilidad tal como lo afirma Méndez Costa. Lo mismo puede argumentarse con la eximente de la transferencia de la guarda. Junto con esta problemática configuración de la responsabilidad puede además darse el caso en que el menor dañador haya utilizado una cosa riesgosa o peligrosa. Si así fuera las eximentes serían las previstas por el art. 1113 CCiv. además del *casus*¹³.

2.1.3. *La responsabilidad parental y la responsabilidad civil en el Código Civil derogado*

Para el derecho derogado el ejercicio unipersonal preferente de la responsabilidad parental cuando los padres no convivían (tenencia), tenía como correlato una responsabilidad civil unipersonal de aquel progenitor que se encontraba a cargo del cuidado del niño en el momento del hecho dañoso.

Se conjugaban principios de reproche culpabilístico hacia el progenitor cuidador exonerando a aquel que no tenía en ese momento la vigilancia del menor autor del daño. Existía, un sistema coherente de ejercicio de patria potestad con la atribución de la responsabilidad civil al progenitor.

Tal coherencia se puso en jaque a partir del avance doctrinario y jurisprudencial de dos ideas: a) el cuidado compartido, que significaba, una mayor participación de ambos progenitores en la educación y cuidado de los hijos; b) la reparación plena o integral a la víctima, que tendía a limitar las vías de escape de la responsabilidad civil.

Esta coherencia que se menciona, acorde a la nueva visión compartida del cuidado personal, viene acompañada de una moderna visión de la responsabilidad civil, la que también ha tenido un fuerte desarrollo a partir de la constitucionalización del derecho privado.

2.2. **La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el CCyCN**

2.2.1. *La responsabilidad parental en el CCyCN*

En el CCyCN no sólo operó un cambio terminológico (pasó de llamarse patria potestad a responsabilidad parental) sino también axiológico.

La titularidad de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores, se determina como principio general, que, el ejercicio de la responsabilidad parental¹⁴ y el cuidado personal¹⁵ serán compartidos.

¹³ C3ª Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. Mendoza, 17/11/2014, "R., M. V. c. S., E. R. y ots. s/ d y p", LL-Gran Cuyo 2015 (febrero), 96.

¹⁴ Art. 641 del CCyCN: *Ejercicio de la responsabilidad parental*.

¹⁵ Art. 648 del CCyCN: *Cuidado personal*. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. A su vez, el art. 650 establece: *Modalidades del cuidado personal compartido*. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

No se hace más que receptor las ideas —de doctrina y jurisprudencia— y la ley 26.061. Ambos progenitores deben afrontar de manera compartida la responsabilidad de educar, cuidar y acompañar a sus hijos a lo largo de la niñez y adolescencia.

El CCyCN de manera correcta, establece que tanto en la convivencia como al momento del cese de ella —salvo supuestos excepcionales—, la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental son compartidos. El cuidado de los hijos también como regla será compartido —con algunas excepciones—, y podrá optarse por dos modalidades: la modalidad alternada de cuidado personal y la modalidad indistinta.

Esto posiciona a la figura del cuidado personal en el plano de la igualdad de los progenitores, fomentando el derecho humano a la coparentalidad cuyos titulares son hijos y padres. El sistema compartido, es la mejor manera de que padres e hijos desarrollen un vínculo profundo en un plano de igualdad, conservando de esta manera la relación con ambos independientemente de la ruptura conyugal.

2.2.2. La responsabilidad civil de los progenitores

El CCyCN regula la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en los arts. 1754 y 1755¹⁶.

El art. 1754 establece: “Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos”.

El art. 1755 preceptúa: “Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos”.

Es fácil advertir que se establecen las siguientes reglas:

- a) Responsabilidad solidaria de ambos progenitores.
- b) Responsabilidad concurrente con el hijo.
- c) Factor objetivo de atribución de responsabilidad.
- d) Delimitación de las eximentes.

2.2.3. La responsabilidad parental y la responsabilidad civil en el CCyCN

De la misma manera que el régimen de patria potestad (unipersonal preferente) guardaba coherencia con la atribución de responsabilidad unipersonal consagrada en el art. 1114 CCiv. derogado (siempre y cuando no convivan ambos padres), el CCyCN reemplazó de manera coherente y armoniosa la responsabilidad

¹⁶ CCyC. Libro Tercero. Derechos Personales; Título V “Otras fuentes de las obligaciones” (arts. 1708 y ss.). Capítulo 1 “Responsabilidad civil”, Sección 6ª “Responsabilidad por el hecho de terceros” (arts. 1753 a 1756).

parental compartida con un sistema de atribución de responsabilidad civil solidaria de ambos progenitores.

Los principios constitucionales de igualdad y reparación plena o integral, exigían que se sindicase como responsables del daño causado por un menor de edad a ambos padres, puesto que sobre los dos pesa la responsabilidad por igual.

En el CCyCN el derecho de familia (responsabilidad parental) y de daños (responsabilidad civil) se interrelacionan de manera razonable y coherente.

2.3. Diferencias sustanciales en la evolución del sistema jurídico argentino

A priori, se observan las siguientes diferencias.

a) Responsabilidad solidaria de ambos progenitores

Se establece una responsabilidad solidaria (art. 827 CCyCN) de ambos progenitores frente a terceros por el hecho de los hijos, sin distinguir si el ejercicio de la responsabilidad parental recae sobre uno u otro¹⁷, aclarándose que la regla es el ejercicio por ambos progenitores, conforme al art. 641 CCyCN.

De esta manera, resulta indiferente para el damnificado del hecho lesivo tanto el régimen de ejercicio de la responsabilidad parental como el sistema de cuidado personal que involucra a los progenitores con su hijo. Diferencia esencial respecto al CCyCN.

b) Responsabilidad concurrente del hijo

Se consagra expresamente la responsabilidad concurrente del hijo.

Pizarro y Vallespinos expresan que las obligaciones concurrentes son aquellas “que tienen identidad de acreedor y de objeto debido, pero presentan distinta causa y deudor... en ellas encontramos una pluralidad de obligaciones que presentan los caracteres comunes antes indicados... Dado que el objeto debido es el mismo para todas las obligaciones concurrentes, bastará con que uno de los deudores lo pague para que opere la cancelación... En consecuencia, el acreedor no podría pretender cobrar nuevamente a los otros deudores, pues al recibir el primer pago quedó desinteresado”¹⁸.

La tendencia actual del derecho de daños¹⁹ no es reprimir, sancionar o de otro modo castigar al autor, sino perseguir que el daño sea resarcido, es decir que la víctima tenga asegurada la reparación, por la mayor cantidad de vías posibles.

Por ello, se sindicó como responsable a los padres (ambos) y al hijo (ya sea por acto involuntario —art. 1750 CCyCN— o bien por hecho propio —art. 1749 CCyCN—).

¹⁷ El art. 641 del CCyCN estatuye el ejercicio de la responsabilidad parental, como regla, en caso de convivencia y en caso de no convivencia, a ambos progenitores. Se contemplan excepciones —además de los actos trascendentes del art. 645 CCyCN—, pudiendo otorgarse el ejercicio de la responsabilidad parental por uno de los padres o establecerse modalidades distintas.

¹⁸ PIZARRO, RAMÓN DANIEL - VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones...*, ob. cit., pp. 606 y 607.

¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA - PARELLADA, CARLOS, en *Responsabilidad civil*, MOSSET ITURRASPE, JORGE (Dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pp. 347 y ss.; BELLUSCIO, AUGUSTO C. - ZANNONI, EDUARDO A. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pp. 141 y ss.; BUERES, ALBERTO - MAYO, JORGE, “La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (Algunos aspectos esenciales)”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 12, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, pp. 285 y ss.

c) Factor de atribución objetivo

El cambio copernicano está dado por la consagración expresa de un factor de atribución objetivo en la atribución jurídica de la responsabilidad a los progenitores.

En el año 2011 la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires sostenía que en nuestro país la tesis objetivista había tomado fuerte impulso en la doctrina²⁰.

De esta manera, los progenitores deberán acreditar la causa ajena (art. 1722 CCyCN) o las eximentes propias de este tipo de responsabilidad (art. 1755 CCyCN).

d) Las eximentes

Se incorporan nuevas eximentes que ya eran aclamadas por la doctrina y jurisprudencia (vgr. ejercicio de actividades lucrativas e incumplimiento contractual del menor²¹), a la vez que se elimina la que traía el art. 1116 CCiv. derogado.

Con respecto a la transferencia de la vigilancia, la jurisprudencia sostuvo que si los padres no ejercen las facultades de vigilancia del menor no se les puede reprochar conducta alguna²².

3. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el derecho americano

Mencionamos brevemente algunos sistemas jurídicos americanos que abordan la problemática en estudio.

3.1. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el Código Civil peruano

La cuestión de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra tratada en el Código Civil peruano en el Libro VII, Fuente de las obligaciones —Sección Sexta— a partir del art. 1969. El art. 1975 bajo el título “Responsabilidad de

²⁰ SCBA, 05/10/2011, “González, Raúl Alberto c. Sidorín, Miguel y otro. Daños y perjuicios”. Se expresa: “en nuestro país la tesis objetivista ha tomado fuerte impulso y autores de la talla de Bueres o Mosset Iturraspe proponen, *de lege ferenda*, una modificación de los preceptos en cuestión que disponga la obligación de los padres de responder en virtud del riesgo creado por los daños que causen sus hijos menores (ver artículo de Bueres ya mencionado), de manera tal que el acto dañoso y objetivamente ilícito del menor (como se da en autos) bastaría para generar la responsabilidad indirecta de sus padres. Pero, a la vez y ya *de lege lata*, se postula una interpretación de la normativa vigente que le dé cabida (Bueres y Mayo llegan a sostener que, aunque la responsabilidad objetiva no surja, en mera apariencia, de la letra del Código Civil, ello se desprende de su ‘música’. Otros autores dirían que el ‘perfume’ de los principios de la responsabilidad objetiva que fluye de reglas fundamentales del Código, alcanza a impregnar también este instituto” (Del voto del Dr. de Lazzari).

²¹ SÁENZ, LUIS R. J., “Comentario a los arts. 1754 y 1755 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, LORENZETTI, RICARDO LUIS (Dir.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, t. VIII, p. 569.

²² CNCiv., sala L, “G., R. M. c. Inst. Inmaculada Concepción de Nuestra Sra. de Lourdes y otros s/ daños y perjuicios”, SJA 2012/08/22-43; JA, 2012-III-705, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2397/2012. Expresa: “es inadmisibles que el colegio pretenda que la responsabilidad sea de los padres. Como se vio, la circunstancia de que los niños se hallaran precisamente en la institución educacional cuando cometieron el hecho dañoso, constituye una causal inconfundible en que se exonera de responsabilidad a sus padres como lo dispone el art. 1115, CCiv., pues han transferido la guarda de sus hijos al establecimiento. Si los padres ‘se desprenden legítimamente de la guarda de sus hijos a favor de un establecimiento, están desmembrando los poderes derivados de aquélla, transfiriéndole a éste los

incapaces con discernimiento” establece que “La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”. El art. 1976 trata la responsabilidad de representantes de incapaces sin discernimiento y su texto determina que “No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”.

La indemnización debe ser equitativa y de ese modo lo regula el art. 1977, cuando expresa que: “Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo”. También se regula que la responsabilidad es solidaria en caso de la existencia de dos o más personas a quien se les atribuye dicha responsabilidad, de este modo lo determina el art. 1983, expresando que: “Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pago la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.

Por otro lado en el Derecho Peruano tenemos el Código de los Niños y Adolescentes²³ que ha sido modificado por la ley 29.269²⁴, que establece en su art. 81 el régimen de tenencia compartida del hijo en caso de divorcio de los padres. Estableciendo expresamente que: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”. El fundamento de esta modificación se encuentra justificado en cuanto a que generar un periodo de alternancia equilibrado con ambos progenitores, de manera que sea menos traumática la separación, y se garantice a través de esa dinámica un desarrollo psico-emocional sano para la prole, cuando la relación entre ex cónyuges es lo suficientemente madura y privilegian el bienestar de los hijos. En definitiva el espíritu de la norma es, pues, el de fomentar en los padres, la búsqueda del afianzamiento del vínculo afectivo padre-hijos o madre-hijos, después de la separación;

poderes de vigilancia y control de la conducta del menor. La solución adoptada constituye una consecuencia lógica del fundamento subjetivo de la responsabilidad. Si los padres no ejercen las facultades de vigilancia del menor no sólo no se les puede reprochar conducta alguna (art. 512, CCiv.) sino que, además, cae la hipótesis sobre la que se halla basada la presunción de culpa del art. 1114, CCiv...”

²³ Aprobado en el Congreso el 21 de julio del 2000 mediante ley 27.337, promulgado el 2/08/2000.

²⁴ La ley 29.269 modifica el Código Peruano de Niños y Adolescentes, dictada por el Congreso de la República del Perú el día 16 de octubre del año 2008. El Código de los Niños y Adolescentes peruano ha sido mentado a fin de la aplicación en dicho país de la Convención de los Derechos del Niño, regulando la situación de estos sujetos de derecho desde una perspectiva amplia que realiza un extenso recorrido por todas las ramas jurídicas comenzando por la faz constitucional enunciando derechos y garantías generales, siguiendo por el derecho laboral, penal y de familia. En el Libro Tercero establece las instituciones Familiares, regulando en el Título I, “La familia y los adultos responsables de los niños y adolescentes”, Capítulo I, Patria potestad.

esta actitud demostrará a los hijos, que ellos no están inmersos en el problema, y que independientemente de las diferencias conyugales o de pareja, existe un lazo consanguíneo que debe alimentarse: el lazo paterno-materno-filial.

En el derecho peruano se marca una línea directriz: persona con discernimiento o sin discernimiento. La persona sin discernimiento no es responsable del daño, sino sólo su representante, sin perjuicio de la posibilidad de fijar una indemnización en base en la equidad. En cambio, la persona con discernimiento se obliga por los daños que cause, solidariamente con su representante.

3.2. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el Código Civil brasilero

En el art. 1583 del Código Civil de Brasil²⁵ se establece el régimen de guarda compartida entre los padres divorciados o separados como principio general²⁶. En cuanto a la responsabilidad, responden civilmente los padres por el hecho dañoso cometido por los hijos como una presunción *iuris tantum*, ya que para eximirse debe probar la debida vigilancia y educación, que junto con la asistencia son obligaciones derivadas de la responsabilidad parental.

El Estatuto del Niño y del Adolescente de la República Federativa de Brasil establece en su art. 21 que “La patria potestad será ejercida, en igualdad de condiciones, por el padre y por la madre, en la forma que disponga la legislación civil, asegurando a cualquiera de ellos el derecho de, en el caso de desacuerdo, recurrir a la autoridad judicial competente para solución de la divergencia”, y en el art. 22 que “Corresponde a los padres el deber de sostenimiento, guarda y educación de los hijos menores correspondiéndoles, además, en el interés de éstos, la obligación de cumplir y hacer cumplir las determinaciones judiciales”²⁷.

3.3. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el Código Civil chileno

El derecho civil chileno establece en el art. 2319 del Código Civil, que: “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”. En relación al tema determina el art. 2320 que “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa”. Por último, el art. 2321 dispone: “Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos vicio-

²⁵ El Código Civil brasilero fue modificado en su totalidad por ley 10.406 dictada por el Congreso el día 10 de enero de 2002, pero recién entro en vigencia el 11/01/2003 con un año de período de vacancia legal.

²⁶ Este capítulo fue modificado por la ley 11.698 del año 2008.

²⁷ El Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil fue aprobado por el Congreso de la Nación por ley 8069 en el mes de julio de 1990 y adhiere en un todo a la Convención sobre los Derechos del Niño, enunciando los derechos de estos como sujetos de derecho y las obligaciones que pesan sobre el Estado, la comunidad y la familia para su protección. Modificada en el año 2009 por ley 21.010.

sos que les han dejado adquirir”. Por lo tanto podemos afirmar que el sistema de responsabilidad civil que establece el derecho chileno es subjetivo basado en la culpa cuando enuncia la negligencia en el cuidado, la mala educación conocida públicamente y los hábitos viciosos que dejaron adquirir. También determina la necesidad de cohabitación entre padres e hijos.

3.4. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el Código Civil mexicano

El Código Civil del Distrito Federal de Méjico²⁸ establece en el Capítulo V, titulado “De las obligaciones civiles que nacen de los hechos ilícitos” las siguientes disposiciones: Art. 1910: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. El art. 1911 dice textualmente que “El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922”.

Estos artículos establecen que: “Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos” (art 1919); “Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata (art 1920). “Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados (art. 1922).

Subyace la idea de vigilancia adecuada, cohabitación con los hijos que causaren el daño y establece como excusa para no indemnizar que el hecho que da origen a la responsabilidad haya sido imposible de evitar, por lo tanto establece un factor subjetivo de atribución de responsabilidad basado en la culpa.

4. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el derecho europeo

4.1. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el Código Civil español

El art. 1903 del Código Civil español dispone que “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda... La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”²⁹.

²⁸ El Código Civil Federal del Estado de México data de 1928, pero fue recientemente modificado y dichas modificaciones fueron publicadas con fecha 24 de diciembre de 2013.

²⁹ El art. 1903, en la redacción anterior establecía en su párrafo 2º que los padres, o sea, “el padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía”.

Un caso que llega al STE invocando el recurrente que “el padre de la menor no tenía ni la guarda inmediata ni mediata de su hija porque la había confiado al Centro Escolar donde recibía educación; que la prueba practicada ha revelado que era habitual tener el patio de recreo abierto, después de terminada la jornada de mañana y la de la tarde durante un margen de tiempo antes del cierre (lugar y espacio temporal en el que ocurrió el accidente); y que, en consecuencia, el deber de guardia y custodia sobre los menores era exclusivo del Centro en ese tiempo el hecho de los hijos y la responsabilidad de los establecimientos educativos”³⁰.

El art. 1903 del CCE no sólo ha sido utilizado para atribuir responsabilidad a los padres por la conducta de sus hijos, sino también como eximente de responsabilidad, invocando que el hecho de los hijos contribuyó causalmente a la producción del resultado lesivo.

En otro fallo el STE se resuelve un aspecto que había resultado controvertido en la doctrina, cual es, si para liberarse de responsabilidad resultaba necesaria una conducta culposa del hijo o bien, si lo que se debía merituar era la incidencia causal del comportamiento de éste en el hecho lesivo³¹.

4.2. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el Código Civil francés

El Código Civil de Francia en su art. 1384 regula la responsabilidad por el hecho ajeno. Dispone en su inc. 4³² que: “El padre y la madre en la medida que ellos ejerzan el derecho de guarda son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos”. Luego establece que aquéllos (el padre o la madre) se eximen de la obligación de reparar si prueban que no han podido impedir el hecho que origina la responsabilidad.

Es importante destacar que la Corte de Casación francesa³³ interpretando el art. 1384, párrs. 4º y 7º, entendió que la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos que habitan con ellos, no se encuentra subordinada a la culpa del infante. Antes de esta resolución la jurisprudencia francesa permitía a los padres eximirse de responsabilidad probando la ausencia de culpa en la vigilancia o en la educación. Luego se dijo que los padres no pueden ser exonerados de la responsabilidad de pleno derecho por los daños cometidos

³⁰ STS 10355/1991, 03/12/1991, ECLI: ES:TS:1991:10355. Identificación en el motor de búsqueda del Superior Tribunal Español “Id Cendoj: 28079110011991101056”.

³¹ STS 6596/1997, 05/11/1997, ECLI: ES:TS:1997:6596. Identificación en el motor de búsqueda del Superior Tribunal Español “Id Cendoj: 28079110011997102144”. Sentencia 6596/1997 resuelve que “En cuanto al segundo apartado del motivo de casación, éste se basa, esencialmente, en que no puede hablarse de culpa de un menor (la posible culpa sería de los padres, en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1903) ni, por tanto, de compensación de culpas en que una de las ‘culpas’ sea de un menor. Expuesto así, el argumento es acertado y convincente. Pero deben hacerse dos observaciones. La primera es que la sentencia de instancia no emplea esta expresión, que, por ello, mal se puede combatir. La segunda es el error terminológico que conlleva y que se ha destacado en la doctrina, pese al arraigo que todavía mantiene en la práctica: no se trata de que se ‘compensen’ las ‘culpas’ pues éstas no siempre se dan, como en el caso, desgraciadamente tan frecuente, de que participe un menor; se trata de concurrencia de causas, en que el nexa causal se determina tanto por la conducta de uno (que es demandado como causante del daño) como del otro (que aparece como víctima y es demandante), lo cual provoca como consecuencia que la indemnización por el daño causado no se puede imputar exclusivamente a uno de los causantes, sino que se debe repartir”.

³² Este apartado fue incorporado al Código Civil por ley 70-450 del año 1970.

³³ Esta sentencia fue dictada por la sala 2, con fecha 15 de mayo de 2001.

por sus hijos sino probando la fuerza mayor o culpa de la víctima. Después de la sentencia del año 2001 la Corte modificó los principios estructurales de la responsabilidad civil que hasta ese momento se venían aplicando y sentó un principio de responsabilidad objetiva, bastando sólo probar la existencia de relación causal entre el hecho desplegado por el hijo menor de edad y el daño causado a la víctima. Este nuevo enfoque que adquiere por la interpretación pretoriana del art. 1384 del Código Civil francés, deja de lado el requisito de la educación y vigilancia y en consecuencia la cohabitación del niño con sus padres, pierde relevancia.

En conclusión la Corte de Casación francesa a través de la sentencia mencionada considera de manera general que todo daño es reparable aun sin culpa.

4.3. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el Código Civil griego

El derecho civil griego tiene en cuenta expresamente la falta de vigilancia apropiada, requisito ineludible para atribuir responsabilidad a los padres por el hecho dañoso de sus hijos. El art. 923 del Código Civil griego establece que: “quien en virtud de la ley ejerce la vigilancia de un menor o de un mayor incapaz responde por los daños ilícitamente causados a otros por estas personas a menos que pruebe que ha ejercido una adecuada vigilancia y que le ha sido imposible evitar el daño. La misma responsabilidad le incumbe a aquel que ejerce la vigilancia en virtud de un contrato”.

4.4. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el Código Civil suizo

El art. 333 del Código Civil suizo dispone que: “El jefe de familia responde por los daños causados por los menores e interdictos o por personas afectadas de enfermedades mentales y los débiles de espíritu colocados bajo su autoridad a menos que justifique haberlos vigilado de manera normal y con la atención exigida por las circunstancias”. Para Suiza sólo responde el jefe de familia, surgiendo de esta norma un sistema paternalista y además trae nuevamente el requisito de la vigilancia y atención, necesarios ambos para atribuir responsabilidad civil por el hecho ajeno³⁴.

4.5. La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos en el Código Civil belga

El Derecho Civil de Bélgica no admite la responsabilidad de pleno derecho o también nominada objetiva. La jurisprudencia belga ha resuelto a través de su Tribunal de Casación que la fuerza mayor es una de las causas de eximente de responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos. Además entiende que es suficiente que los padres prueben que no faltaron a su deber de vigilancia y que

³⁴ <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=11901> (vigente 01/01/2012).

Art. 333.— Le chef de la famille est responsable du dommage causé par les mineurs et interdits ou les personnes atteintes de maladies mentales et les faibles d'esprit placés sous son autorité, à moins qu'il ne justifie les avoir surveillés de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances.

ninguna carencia en la educación le puede ser reprochada. Específicamente el art. 1384, párr. 2º, del Código Civil belga reza que la idea de presunción de responsabilidad de los padres puede ser desbaratada por las causales antes enunciadas.

Una vez más vemos que aparece la idea de la vigilancia y la educación que debe ser eficiente de parte de los padres en relación a sus hijos, en definitiva la culpa de los primeros en la adecuada custodia hacia los segundos.

5. Diferencias sustanciales en los ordenamientos: tendencias

5.1. El factor de atribución

a) Factor de atribución subjetivo

Como se observa del análisis anterior, se puede concluir, que el art. 1114 del CCiv. argentino derogado, el derecho brasilero (presunción *iuris tantum* de culpa), el derecho chileno (exige imputación de negligencia, mala educación o hábitos viciosos), el derecho mexicano (que habla de que estén bajo su poder, a la vez que consagra la eximente de que les ha sido imposible evitar el daño), el derecho griego (alude a vigilancia, art. 923), el derecho suizo (la responsabilidad gira en torno a la noción de vigilancia), el derecho belga (se libera probando la no culpa) y el art. 1903 del Código Civil español adoptan un factor de atribución subjetivo, basado en la culpa de los padres en la adecuada vigilancia de sus hijos.

b) Factor de atribución objetivo

Por el contrario, el art. 1755 del CCyCN adopta el factor objetivo de atribución de responsabilidad y, en esa línea, suprime la eximente ausencia de culpa (art. 1116 del CCiv. derogado).

Si bien la letra del derecho francés pareciera que consagra una eximente subjetiva (reforzada por la regulación de la eximente que alude a la exoneración cuando los padres no han podido impedir el hecho que origina la responsabilidad), la jurisprudencia francesa morigera tal interpretación literal y posibilita inclinar el factor de atribución hacia elementos más objetivos.

c) No consagran factor de atribución específico

El derecho peruano no regula la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos de manera específica, sino que sigue las pautas de los principios generales, estableciendo la irresponsabilidad por el daño en caso de personas sin discernimiento, salvo una indemnización por equidad para el caso que el juez lo estime pertinente.

De un análisis comparativo del derecho extranjero, podemos afirmar que el abordaje mayoritario de esta problemática (al menos en aquellos países que analizamos como patrones), transita por los factores subjetivos de atribución de responsabilidad.

En definitiva, se observa que el CCiv. de Vélez Sarsfield, con las reformas de las leyes 23.264 y 24.830, se encontraba en línea con aquellos principios generales que asentaban la responsabilidad de los padres en la vigilancia activa de los hijos (o en la educación).

Las tendencias más modernas, son receptadas en el CCyC y en la jurisprudencia francesa. Otorgan jerarquía constitucional al principio general de no dañar a otro y a la reparación plena, se pronuncian por objetivar la responsabilidad y endilgar a los progenitores tal atribución jurídica del daño a partir de la sola condición de padres.

5.2. Eximentes de responsabilidad

El Código Civil derogado traía dos eximentes de la responsabilidad paterna en los arts. 1115 (transferencia de la guarda) y 1116 (ausencia de culpa). Además, podía exonerarse de responsabilidad el progenitor que no estuviera al cuidado o vigilancia del menor al momento de ocurrencia del hecho lesivo (art. 1114 del CCiv. derogado).

Sin perjuicio de ello, vale señalar que los criterios de apreciación de la culpa de los padres varían en los ordenamientos argentino y español, por cuanto en el Código Civil derogado se utilizan los parámetros del art. 512 (diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar), esto es un criterio mixto mientras que en el sistema español se utiliza un criterio abstracto, el modelo referencial es el “buen padre de familia”.

El CCyCN deroga la *eximente* del art. 1116 del CCiv. (ausencia de culpa), mantiene, con algunas modificaciones la transferencia de la vigilancia a un establecimiento (1115 CCiv. derogado) e incorpora aquellos daños que se ocasionan en tareas inherentes al ejercicio de la profesión del hijo o de funciones subordinadas encomendadas por terceros o por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

Al *factor de atribución* aplicable al CCiv. derogado y al Código Civil español, la eximente ausencia de culpa u obrar diligente constituye la base sobre la que se estructuran los mecanismos de escape de las responsabilidad de los padres. Esa es la línea seguida por las legislaciones brasilera, chilena, mexicana, griega suiza y belga.

En el *factor objetivo* consagrado en el CCyCN, debe mediar una ruptura del nexo causal o bien la transferencia de la vigilancia a un sujeto responsable en los términos del art. 1755 del CCyCN.

De lo expuesto se puede concluir que si bien la falta de vigilancia como eximente de responsabilidad subsiste en la mayoría de las legislaciones estudiadas, *la tendencia es asentar la responsabilidad en la calidad misma de progenitor (factor objetivo) y no en un cuidado activo de la conducta del hijo, por lo que esta eximente (culpa in vigilando) deberá ser eliminada de los ordenamientos jurídicos.*

6. Conclusiones

A modo de síntesis avanzamos las siguientes conclusiones:

a) El CCyCN ha establecido de manera clara y precisa que la titularidad, el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal de los hijos/as es compartido, salvo excepciones debidamente previstas en el ordenamiento jurídico.

b) Este sistema obedece a la evolución y transformación de las configuraciones familiares, y al cúmulo de leyes que plasmaron los derechos humanos

de la infancia y adolescencia, receptando el principio de “democratización de las familias”.

c) En este escenario, se receptan las demandas doctrinarias y jurisprudenciales gestadas a través de los fallos judiciales, donde con mayor fuerza se posicionaban solicitudes y resoluciones a favor de la mal llamada “tenencia compartida”. Estos avances jurisprudenciales evidenciaban una connotación ideológica, la que deviene de la teoría de género, donde la “guarda compartida” y el cuidado personal de los hijos aparecía como baluarte a respetar.

d) Este cambio de paradigma en materia de responsabilidad parental y cuidado personal de los hijos, impactó de lleno en la teoría de la responsabilidad civil, modificando el criterio de atribución desde una perspectiva cuasi subjetiva y unilateral, a un *sistema solidario y objetivo* (arts. 1754, 1755 CCyCN).

e) Las tendencias más modernas, receptadas en el CCyCN y en la jurisprudencia francesa, que otorgan jerarquía constitucional al *principio general de no dañar a otro y a la reparación plena*, se pronuncian por objetivar la responsabilidad y endilgar a los progenitores tal atribución jurídica del daño a partir de la sola condición de padres.

f) La responsabilidad de los progenitores se funda —en principio— en la *titularidad de la responsabilidad parental*.

g) Se aclaran e identifican las *eximentes de responsabilidad*, eliminando la prueba de la no culpa como causal exoneratoria incorporando aquellas que derivan de actividades desplegadas por el hijo, inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros, o por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas (art. 1755 CCyCN).

h) La responsabilidad de los progenitores es solidaria coherentemente con la preferencia por el ejercicio conjunto, aun cuando falte la convivencia.

Los titulares de la responsabilidad parental responden en forma solidaria (arts. 1754, 827 a 843 CCyCN).

Bibliografía

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “Límites legales de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad”, LA LEY, 1988-E, 282.

GARZÓN, MARÍA - MONJO, SEBASTIÁN, “El requisito de la convivencia en la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 67, Noviembre 2014, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, AbeledoPerrot, Buenos Aires, ISSN 1851-1201, RNPI 5074814, pp. 101 a 115.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA - PARELLADA, CARLOS, en *Responsabilidad civil*, MOSSET ITURRASPE, JORGE (Dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

LLAMBÍAS, JORGE J., “Responsabilidad excusable de los padres: determinación y desplazamiento”, ED, 82-481 y ss.

LLOVERAS, NORA - ORLANDI, OLGA - TAVIP GABRIEL, “Responsabilidad parental - Comentario a los arts. 638 a 723”, en *Tratado de Derecho de Familia*, t. II, KEMELMAJER, AÍDA - HERRERA, MARISA - LLOVERAS, NORA (Directoras), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

LLOVERAS, NORA, “La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores”, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, BUERES, ALBERTO J. (Dir.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 111.

LLOVERAS, NORA - MONJO, SEBASTIÁN, "Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código", LA LEY 09/10/2013, 1; Cita Online: AR/DOC/3551/2013.

LLOVERAS, NORA - OVIEDO, MARÍA NATALIA - MONJO, SEBASTIÁN, "Daños causados por el incumplimiento de la obligación alimentaria de los hijos menores de edad derivada de la responsabilidad parental", Abeledo Perrot Córdoba, n° 9, septiembre 2010, pp. 968 a 982.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Responsabilidad civil en el proyecto de 2012", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial - II, 2012 -3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, pp. 451 y ss.

PIZARRO, RAMÓN DANIEL - VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. 4, pp. 423 y ss.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. - LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. III, p. 131.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños, Presupuesto y funciones del derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. IV, pp. 657 y ss.



ALCANCE DEL DERECHO DE REVERSIÓN EN EL TELETRABAJO DEPENDIENTE*

Carla Saad** - Emma Mini*** - Ignacio Loza Serra****

Resumen: En el marco del teletrabajo dependiente, avanzaremos en una propuesta sobre la extensión del derecho que tiene un teletrabajador dependiente para solicitar volver a prestar servicios de manera tradicional.

Palabras clave: Teletrabajo - Relación de dependencia - Reversión

I. Introducción

El teletrabajo se presenta como una modalidad contractual del trabajo dependiente con fuerte tendencia de crecimiento en el mercado laboral argentino y, a pesar de ello, no existe una normativa especial que contemple las particularidades de la prestación debiendo forzar interpretaciones del plexo normativo laboral a institutos propios del mismo. Las Resoluciones 1552/2012 y 239/2013 MTEySS, son una excepción de la regla enunciada, la primera define al teletrabajo en relación de dependencia, así enuncia que “se entiende por teletrabajo a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones”¹; la segunda, posibilita al trabajador modificar el período de reserva de puesto en los casos de enfermedades inculpables, utilizando la figura del teletrabajo y fundamentado en la necesidad de conservar la relación laboral.

Contando que las Resoluciones enunciadas no regulan sobre el derecho de *reversión* de un teletrabajador dependiente y que desde el año 2013 nada se reguló al respecto, resta construir nuestro análisis desde la Ley de Contrato de Trabajo —LCT, ley 20.744 y modificatorias—, los principios del derecho del trabajo y el plexo normativo laboral vigente.

Avanzaremos desde el análisis del concepto que dimos al instituto de reversión, su alcance y nuestra propuesta para contemplar la particularidad del instituto en una futura legislación específica.

* Recibido 09/05/2016 - Aprobado 15/10/2016.

** Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Categoría III, directora de Proyectos SECYT-UNC, Profesora de “Teoría del Conflicto y de la Decisión. Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos” y “Práctica Profesional III”, Secretaria de la Revista de la Facultad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. E-correo: carla-saad@derecho.unc.edu.ar.

*** Abogada, profesora Adjunta de Economía, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, emma.mini@hotmail.es.

**** Ayudante alumno en investigación, Integrante línea de investigación, CIJS-FDCS- UNC, Córdoba, Argentina.

¹ Resolución 1552/2012 MTEySS, art. 1, www.infoleg.gov.ar, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

II. Reversión, ese instituto que excede el *ius variandi* (artículo 66, LCT)

Sostuvimos² que cuando de teletrabajo en relación de dependencia se trata, el término *reversión* es aplicable a aquellas relaciones que se convierten, por consentimiento de las partes en esa modalidad y luego, el trabajador pretende volver a la prestación de trabajo común, al puesto que ostentaba con anterioridad a novar su servicio a teletrabajo o viceversa.

Parece obvio afirmar que el cambio de prestación de trabajo tradicional a teletrabajo y viceversa es una clara modificación de las “modalidades esenciales del contrato” en los términos del art. 66 LCT, por lo cual, la novación de tipo de prestación de trabajo presencial a teletrabajo debe ser libremente³ consensuada por trabajador y empleador, caso contrario, el trabajador podría invocar la figura del *ius variandi* y solicitar al empleador lo retorne a su puesto anterior al haberle causado un perjuicio, patrimonial o moral.

Respecto del *ius variandi* sostuvimos⁴ que el límite que encuentra esta facultad es la arbitrariedad, traducida en la necesidad que no se altere el principio de indemnidad del trabajador. Según entiende calificada doctrina⁵, se ha facultado al empleador a modificar las condiciones de contratación, mientras que éstas no alteren las condiciones esenciales, sean razonables y no causen perjuicio patrimonial, ni moral. Siguiendo este razonamiento⁶, se argumenta que cabe distinguir entre condiciones laborales “estructurales” que no transgreden los límites del art. 66 LCT y “coyunturales” pasibles de ser modificadas conforme los límites de la norma.

Pero como definiéramos, la *reversión* consiste en la posibilidad que el trabajador peticione al empleador su vuelta al puesto originario, ya que la base fáctica supone que primero fue contratado de modo tradicional, luego —por acuerdo— novada su relación a teletrabajo dependiente y sólo bajo esta circunstancia solicita ser reintegrado a su puesto original.

² SAAD, CARLA. “El instituto de la reversión y su implicancia en el teletrabajo dependiente”, *Anuario XV*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, p. 374.

³ BIAGI, nos advierte que “es preocupante comprobar que, según la experiencia de que disponemos, el teletrabajo puede no ser siempre una opción plenamente libre. Los trabajadores son muy reacios a convertirse en teletrabajadores cuando disponen de otras opciones viables. Evidentemente, el teletrabajo es voluntario desde un punto de vista legal, pero básicamente los trabajadores escogen esta forma de trabajo cuando carecen de otras posibilidades. Por consiguiente, cabe preguntarse hasta qué punto es una elección voluntaria si no se dispone de otras opciones. Quizás tendríamos que ser más precavidos al establecer la distinción entre opción voluntaria e involuntaria y más sinceros con nosotros mismos”. Esta apreciación nos parece válida, aunque es necesario considerar que el trabajador a la hora de elegir el cambio de modalidad sopesa factores extralaborales, como son: distancia desde el hogar al trabajo, disponibilidad horaria, posibilidad de compatibilizar vida laboral con familiar, entre otros. BIAGI, MARCO, “La informática y su incidencia en las relaciones laborales” —Parte 8— en Coloquio sobre la convergencia de los medios de comunicación múltiples (multimedia), Consejo de Administración, Organización Internacional del Trabajo-SMC/1997/6, <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb270/smc97-6.htm>, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

⁴ SAAD, CARLA, ob. cit., p. 376.

⁵ FERNÁNDEZ MADRID, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, p. 1012; OJEDA, *Ley de contrato de trabajo*, t. I, p. 431; ETALA, *Contrato de trabajo*, t. I, p. 257; en CNAT, sala IV, “Mussuto, Norma Beatriz c. Obra Social Bancaria Argentina s/despido”, 28 de septiembre de 2012, La Ley Online, Cita online: AR/DOC/1359/2013, búsqueda del 28 de julio de 2014. POSE, CARLOS, “Sobre el consentimiento del trabajador al ejercicio abusivo del *ius variandi*”, DT, 1991-B, La Ley, Buenos Aires, p. 1194; CAPÓN FILAS, Rodolfo E., búsqueda del 15 de diciembre de 2014.

⁶ CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Derecho Laboral*, t. II, Ed. Platense, Buenos Aires, 1980, p. 62.

La cuestión de los plazos de petición del trabajador son el eje de la cuestión ya que, mientras que el *ius variandi*, reglado en el art. 66 LCT requiere de un plazo de petición que sea “razonable” según la doctrina judicial, la *reversión* no sigue el mismo criterio. Es así que el tratamiento que la legislación comparada da al respecto abarca desde legislaciones especiales o proyecciones convencionales que regulan de manera especial la *reversión*, agregando requisitos complementarios a los límites generales del “agravio patrimonial o moral” del art. 66 LCT con fórmulas que sólo autorizan la *reversión* del trabajador en el caso de no contar con el acuerdo novación por escrito, hasta las que autorizan la reversión en cualquier momento de la relación.

Si bien es cierto que el cambio de modalidad en la prestación de servicios es un cambio en las condiciones esenciales de contratación inicial de un trabajador, la *reversión* supera la regla del enunciado legal del *ius variandi*.

Coincidimos con Lenguita⁷ cuando expresa que la problemática consiste en identificar qué sucede si las partes, en un régimen dependiente y establecido previamente para este modelo de trabajo, no se ponen de acuerdo en la reversión del sistema; quién y cómo se interviene frente a una innovación si no hay acuerdo sobre su reversión.

III. El regreso al trabajo como supuesto de hecho normativo

El regreso al trabajo como supuesto de hecho normativo encuentra su expresión en la regulación del instituto de los accidentes y enfermedades inculpables, reglado en la Ley de Contrato de Trabajo —20.744 y modificatorias—, en el título X, capítulo I, “De los accidentes y enfermedades inculpables”.

El art. 212 del citado cuerpo legal, regula los supuestos y consecuencias en que el trabajador regresa al trabajo, vigente el plazo de conservación del empleo o cuando luego de una licencia paga, resulte una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y no estuviera en condiciones de retomar su puesto; éstos son:

- Empleador que no puede reasignar tareas acordes a la nueva condición del trabajador.
- Empleador que no tiene la voluntad de reasignar tareas acordes a la nueva condición del trabajador.

Reglando el mismo artículo cuáles serán las consecuencias del incumplimiento de la obligación del empleador de reincorporar al trabajador, consecuencias que se traducen en un resarcimiento al mismo, conforme las tarifas legales que para el caso correspondan.

Importante también es destacar el alcance del bien jurídico protegido con la normativa protectoria. Según Ackerman⁸, el legislador busca preservar la continuidad del vínculo laboral en cuanto fuente de ingreso y otros beneficios al trabajador y su familia y, en los supuestos extremos de imposibilidad de conservación de la relación de trabajo, impone al empleador el pago de las indemnizaciones previstas para los diferentes supuestos de extinción.

⁷ LENGUITA, PAULA, “Las relaciones de Teletrabajo. Entre la protección y la reforma”, Argumentos, UAM-X, México, Nueva Época, Año 23, N° 64, septiembre-diciembre 2010, ps. 253/254.

⁸ ACKERMAN, MARIO (Director); TOSCA, DIEGO M. (Coordinador), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. VI, 1ª ed., 1ª reimp., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p. 729.

Pensar que el norte de la legislación del trabajo es trazado, en parte, por el principio de continuidad no es errado. El *principio de continuidad* importa, al decir de Ruprecht⁹, la continuidad de la relación laboral, evitando por cualquier circunstancia o hecho se produzca la ruptura del vínculo. Sostiene el autor que la aplicación del principio tiene diversas consecuencias, enumerando entre ellas: 1) preferencia de los contratos de duración indeterminada; 2) conservación del empleo y 3) mantenimiento de la vigencia del contrato.

Pero, ¿qué sucede en el caso del teletrabajo dependiente?

Como venimos exponiendo, un trabajador puede novar su relación a teletrabajo y luego pedir “retornar a su puesto anterior”, llamando a esto último *derecho de reversión*. Es decir, se plantea el regreso al trabajo como posible supuesto de hecho a regular.

La primera gran diferencia que encontramos entre estos supuestos es que, en el retorno por enfermedad o accidente del trabajo existe una causa ajena insuperable para el trabajador (incapacidad sobreviniente debida a una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador), en cambio en el caso del retorno de un puesto de teletrabajo a un puesto de trabajo presencial, el retorno no tendría como supuesto expreso dicha causa.

Entonces, creemos que debería ser condición primera del ejercicio de la reversión la fundamentación del trabajador en una causa que le cause un perjuicio. A modo de ejemplo, la imposibilidad de compatibilizar vida personal con vida laboral; intromisión en su vida privada; entre otros.

Es bien sabido que cuando se le impone al trabajador la obligación de invocar una causal también se solicita la prueba de la misma, por lo cual *prima facie* parece razonable que la invocación de dicha causal no le sea exigida al principio de la ejecución de la nueva forma de prestación, sino que se establezca un plazo razonable en el cual el trabajador pueda retornar al trabajo tradicional sin necesidad de expresión de causa.

Consideramos que establecer un plazo en el que el trabajador no deba invocar causa para regresar al empleo se justifica en que no es lo mismo trabajar en la sede física de la empresa, que hacerlo desde el hogar o desde otro lugar que no sea el establecimiento del empleador. Es que entre las desventajas señaladas en la implementación del teletrabajo¹⁰ es posible encontrar: *incidencia sobre el individuo produciendo una sobrecarga sobre el estado físico y psíquico del trabajador, tales como: problemas ergonómicos; problemas de visión y problemas mentales inherentes al tipo de trabajo y contenido del mismo, dificultades para separar su vida laboral de la familiar, tendencia a trabajar en exceso; *pérdida del contacto físico del trabajador con sus compañeros y con el empleador; *pérdida de la intimidad familiar; *dificultad para ejercer y fomentar las relaciones sindicales. Todas estas cuestiones sólo pueden ser evaluadas por el trabajador con el ejercicio efectivo de la nueva prestación, cada una de ellas tiene un peso

⁹ RUPRECHT, ALFREDO J., *Los principios normativos laborales y su proyección en la legislación*, Zavallia Editor, Buenos Aires, 1994, p. 71.

¹⁰ Para profundizar sobre ventajas y desventajas del teletrabajo dependiente se puede consultar, entre otros, nuestro trabajo SAAD, CARLA, “Teletrabajo, su inserción en la legislación laboral Argentina”, Anuario XII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2011, ps. 331-332.

particular en la vida del trabajador que justifica acabadamente la necesidad de retornar a la antigua modalidad de empleo.

Pero estas cuestiones pueden aparecer en la vida del trabajador aún después de haber vencido el plazo para su invocación sin causa. Entonces, y siempre con el norte en la continuación de la relación de trabajo, podrá el trabajador pedir la reversión sólo en el caso que pueda demostrar el perjuicio patrimonial o moral que supone mantener su prestación bajo teletrabajo.

Establecer esta condición supone buscar un equilibrio entre los intereses del trabajador y del empresario, ya que éste trata permanentemente de maximizar sus beneficios a partir de la minimización de los costos de producción, para lo cual arma una estructura de costos que le permita lograrlo, alcanzando el nivel óptimo de producción. Mientras que el trabajador considera que la tecnología debe venir a agregarle productividad al trabajo y no sustituirlo, mejorar sus condiciones de trabajo y contribuir a su desarrollo integral como persona.

Evitando de esta manera que el empresario pueda utilizar al trabajador en el corto plazo como variable de ajuste, en el intento de reorganizar sus costos de producción.

Analizada la petición del trabajador, cabe discurrir sobre la obligación del empleador de regresar al puesto anterior al teletrabajador.

La técnica legislativa que supone el art. 212 LCT sobre reincorporación del trabajador incapacitado por una enfermedad o accidente inculpable, es considerar la *voluntad con imposibilidad* o la *falta de voluntad* del empleador de cumplimentar su obligación. Para el primer caso, la ley impone el pago a cargo del empleador de una indemnización reducida (art. 247, LCT); para el segundo caso, la ley impone al empleador el pago de una indemnización por antigüedad completa (art. 245, LCT).

Para el caso de la *reversión* del teletrabajo, el empleador en uso de su facultad de organización, puede haber tomado decisiones que modifiquen condiciones económicas de la empresa y esto puede repercutir en la posibilidad de ofrecer al trabajador su antiguo puesto de trabajo, no por su falta de voluntad sino por verdadera imposibilidad. Ante esta situación y sólo para el caso que hubiera vencido el plazo de reversión sin causa, el empleador debería abonar al trabajador la indemnización reducida del art. 247 LCT. Para el caso en que el empleador no tuviere voluntad de reincorporar al trabajador a su puesto anterior a pesar de contar con el mismo, correspondería el pago de una indemnización por antigüedad completa regulada en el art. 245 LCT.

La obligación de pago de indemnización por parte del empleador se vería fundamentada en la relación de “equilibrio en los beneficios” para las partes que trajo aparejada la novación del contrato original del trabajo. El trabajador prueba el perjuicio que le trajo aparejado el cambio que le hace imposible continuar con la prestación bajo modalidad de teletrabajo y, como lo realiza fuera del plazo propuesto para la sola invocación del perjuicio, queda en la órbita del empleador la decisión o posibilidad de incorporarlo.

La ruptura planteada por el empleador que, teniendo el puesto de trabajo, decide no reincorporar al trabajador en el puesto originario se equipara a la decisión de despedir a un trabajador sin causa, por lo tanto, debe reparar los daños contractuales provocados en violación al derecho de estabilidad del traba-

jador. Según Ojeda¹¹, la expectativa de perdurabilidad no sólo conlleva el sentido de inserción social que implica el empleo, sino que además permite planificar su futuro, como la educación de los hijos, las inversiones en bienes básicos, la alimentación, el esparcimiento, las actividades culturales y sociales, etcétera, por lo cual en el sistema de estabilidad impropia de la LCT en donde no se asegura la subsistencia del vínculo jurídico, aun en los supuestos donde no exista justa causa para la extinción, el acto jurídico de denuncia es válido, pero al ser un ilícito contractual genera el derecho a reclamar una indemnización¹².

La ruptura planteada por el empleador que no tiene el puesto de trabajo, supone el pago de una indemnización reducida (art. 247 LCT) por cuanto la carencia del puesto es una causa que deviene de una facultad lícita de organización empresarial. Aun así, a modo de los supuestos legislados en los casos de fuerza mayor y falta o disminución de trabajo¹³, la reversión del puesto de teletrabajo que no encuentra solución positiva es un supuesto de extinción originado en causas no imputable a las partes, por lo cual presupone que el pago que se genere no sea una indemnización entendida como la cuantificación del deber de reparar, sino una prestación de carácter asistencial que debe abonar el empleador a quien resulta más perjudicado en la relación, en este caso el trabajador.

IV. Justificación económica del planteamiento normativo del derecho de reversión en el teletrabajo dependiente

El teletrabajo como nueva modalidad de trabajo o institución jurídica, genera lagunas cognoscitivas sobre su concreto modo de operar, lo que obliga a un análisis científico que por el contexto actual de las relaciones económico sociales, exige que sea interdisciplinario, ya que la economía necesita que el Derecho le aporte los conocimientos normativos necesarios a fin de dar una respuesta acabada a los posibles efectos de este nuevo instituto, mientras el Derecho necesita que la economía le aporte patrones predecibles y previsibles que le permitan entender el fenómeno y así encontrar la normativa que mejor contribuya a lograr el desarrollo económico¹⁴, objetivo común a ambas ciencias. Ya que las leyes actúan como incentivos para el cambio del comportamiento de los individuos y como instrumentos para el logro de los objetivos de las políticas públicas¹⁵.

Se supone que los trabajadores, los empresarios y demás agentes que participan en el mercado del trabajo adaptan, ajustan o alteran su conducta en respuesta a las variaciones de los costos y de las ganancias esperadas.

¹¹ VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (Director); OJEDA, RAÚL H. (Coordinador). *Ley de Contrato de Trabajo —comentada y concordada—*, t. III (artículos 196 a 277), Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 411.

¹² En este sentido LOPÉZ, JUSTO; CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. II, p. 1234 en OJEDA, RAÚL, ob. cit., p. 414.

¹³ En este sentido VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (Director); OJEDA, RAÚL H. (Coordinador), ob. cit., ps. 477 a 500.

¹⁴ Se utiliza Desarrollo Económico como concepto que involucra no sólo aspectos cuantitativos como el de crecimiento económico (cantidad de bienes y servicios producidos en un determinado período de tiempo) sino también cualitativos (cambios estructurales, como esperanza de vida, el nivel educacional y el ingreso real). Para más amplitud consultar, SAMUELSON, PAUL A., NORDHAUS, WILLIAM D., PÉREZ ENRRI, DANIEL, *Economía*, Mc Graw Hill, Buenos Aires, 2008, cap. 28.

¹⁵ COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

La demanda de trabajo, como la demanda de cualquier factor de producción, la determina el producto marginal del trabajo. Cuando los trabajadores están mejor formados y tienen un nivel de estudios más alto, cuando hay más y mejor capital con el que trabajar y cuando se utilizan técnicas de producción más avanzadas, el nivel general de salarios de un país tiende a ser más elevado. Ello demuestra cómo la interdependencia con los otros factores hace a la productividad del trabajo y a su precio, el salario.

Por lo tanto el empresario al armar su estructura de costos como indicáramos en el título anterior tendrá en cuenta los costos fijos y los costos variables, los fijos son aquellos independientes del nivel de producción y que no cambian a corto plazo, aquí vemos cómo la variable tiempo los va a determinar haciendo que el empresario los organice de una determinada manera, estos costos generalmente son los que hacen a la capacidad física de producción de una empresa (edificios, maquinarias) mientras que los costos variables son aquellos que varían a corto plazo permitiendo alcanzar el nivel óptimo de producción (insumos, trabajadores, distintas técnicas y algunas formas de tecnología), de lo contrario se le cumpliría la ley de los rendimientos decrecientes¹⁶.

En esta organización el empresario puede que decida recurrir al empleo de teletrabajadores, o cambiar la modalidad de trabajo a quienes estaban trabajando en el ámbito físico de la empresa debido, por ejemplo, a la incorporación de nuevos trabajadores especializados en alguna etapa del proceso productivo o porque decida reducir costos alquilando un edificio más reducido y para ello recurra al cambio de modalidad de trabajo, acordándolo con parte de sus trabajadores¹⁷.

Pero transcurrido un tiempo el trabajador podría considerar que la nueva modalidad de trabajo no le es conveniente y decida revertirla solicitando volver a las condiciones anteriores de trabajo, a prestar servicios en forma presencial.

De ser así, el empleador se encontraría frente al problema de no poder o no querer reincorporarlo a la modalidad presencial, no poder debido a que la capacidad física de la empresa no se lo permite o simplemente que no desee hacerlo con la modalidad anterior.

En este conflicto de intereses, entre el empleador tratando de controlar su estructura de costos para alcanzar el nivel óptimo de producción y el trabajador tratando de preservar sus condiciones de trabajo, donde se hace visible aquel desequilibrio anteriormente indicado, creemos se podría superar a partir de nuestra propuesta de regulación del derecho de reversión y que al mismo tiempo contribuiría de la mejor manera al logro del desarrollo económico como objetivo último de la sociedad.

¹⁶ La ley de los rendimientos decrecientes establece que cuando añadimos cantidades adicionales de un factor y mantenemos fijas la de los demás, obtenemos una cantidad adicional de producto cada vez más pequeña. O lo que es lo mismo, el producto marginal de cada unidad de factor disminuye a medida que aumenta la cantidad de ese factor, manteniendo todos los demás constantes.

¹⁷ Como ya expresáramos el empleador está facultado en los términos del art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo a modificar las formas y modalidades de trabajo. Y al mismo tiempo el art. 23 de la ley 24.013 prevé que la incorporación de tecnología constituye una condición para el crecimiento económico de la economía nacional. Es un derecho y una obligación del empresario que la ley reconoce, garantiza y estimula, y en la medida que afecte las condiciones de trabajo y empleo debe ser evaluada desde el punto de vista técnico, económico y social.

V. El derecho de reversión del teletrabajo dependiente en el Derecho Comparado

La regulación del instituto del teletrabajo en el Derecho Comparado es muy incipiente, y muy pocos los países que en su regulación han incorporado el derecho de reversión. Por ello haremos referencias sólo a la normativa de aquellos países que tienen una regulación específica para el derecho de reversión.

De Europa tomaremos los casos de Portugal y Polonia, que incorporaron el teletrabajo por medio de una ley modificadora de sus respectivos códigos laborales y tienen una regulación específica para el derecho de reversión.

Portugal fue el primer Estado europeo en legislar sobre teletrabajo, en el año 2003. Actualmente las disposiciones sobre teletrabajo se encuentran en el Título II, Capítulo I, Sección IX, subsección V de la ley, ubicándose desde el art. 165 al 171. Con respecto a su sincronización con el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, la regulación propuesta por la ley laboral portuguesa excede lo establecido en el mismo, otorgando una mayor protección al teletrabajador.

En el art. 167 de la ley¹⁸ se encuentra plasmado el principio de reversibilidad; primero establece que, para los trabajadores que hayan desempeñado otras tareas en la empresa, el contrato inicial de teletrabajo no puede durar más de 3 años o lo establecido en el convenio colectivo de trabajo, determinando que la modalidad es por tiempo determinado, a diferencia de la prestación normal de tareas. Además, este nuevo contrato conlleva un período de prueba de 30 días, por el cual en este plazo, cualquiera de las dos partes, puede pedir a la otra, volver a la forma de prestación de tareas anterior, sin especificar causa alguna. No queda claro en la norma, si al firmar un nuevo contrato de teletrabajo, éste queda supeditado a un máximo de 3 años, teniendo en cuenta que el plazo se aplicaría únicamente al plazo inicial, por lo que, según interpretamos, al firmarse un nuevo acuerdo, éste ya sería por tiempo indeterminado.

Polonia por su parte posee una legislación muy completa sobre teletrabajo. La normativa fue agregada mediante una ley modificatoria a su código sustantivo de trabajo, desde el inc. 5 hasta el inc. 17 del art. 67. El derecho de reversión se encuentra regulado en los incs. 7, 8 y 9 de este artículo¹⁹.

¹⁸ Artículo 167, Régimen en el caso del trabajador anteriormente vinculado al empleador.

1 - En el caso del trabajador anteriormente vinculado al empleador, la duración inicial del contrato de prestación subordinada de teletrabajo no puede exceder de tres años, o el plazo establecido en el contrato colectivo de trabajo.

2 - Cualquiera de las partes puede denunciar el contrato referido en el artículo anterior durante los primeros 30 días de su ejecución.

3 - Cesando el contrato de prestación subordinada de teletrabajo, el trabajador retoma la prestación de trabajo, en los términos acordados o previstos en el contrato colectivo de trabajo.

4 - Constituye contra ordenación grave la violación de lo dispuesto en el artículo anterior.

¹⁹ Artículo 67, inciso 7, cuarto párrafo: No está permitido encomendar el trabajo en forma de teletrabajo sobre la base del art. 42 § 4 (en el período de prueba).

- Artículo 67, inciso 8: Dentro de los 3 meses desde el día del trabajo en la modalidad de teletrabajo, de acuerdo con el artículo 67(7) § 1, punto 2, cualquiera de las partes puede rescindir el pedido vinculante para finalizar el trabajo en forma de teletrabajo, y restaurar las condiciones de trabajo anteriores. Las Partes establecerán la fecha en que se restablezca las condiciones de trabajo anteriores, en un plazo de no más de 30 días desde la fecha de recepción de la solicitud.

Si se presentó la solicitud para concluir el contrato de teletrabajo después del plazo especificado en el § 1, el empleador debe —en lo posible— tener en cuenta la propuesta.

En ellos primero se establece la prohibición de esta modalidad en el caso de trabajadores que aún se encuentren dentro del período de prueba. A su vez, al implementarse el teletrabajo, impone un período de prueba de 3 meses, plazo dentro del cual, ambas partes pueden rescindirlos sin ningún tipo de justificación.

También tiene en cuenta el supuesto en que alguna de las partes quiera rescindir el contrato, pasado el período de prueba. Si el peticionante es el trabajador, el empleador tiene la facultad de decidir, por más que la ley diga que “en lo posible” debe hacer caso al pedido. Si la decisión es tomada por el empleador, el teletrabajador tiene derecho a darse por despedido y recibir una indemnización.

Por último, el inciso 9 determina que la petición o negativa del trabajador para hacer uso del derecho de reversión, no constituye motivo suficiente que justifique su despido.

En Latinoamérica cabe destacar que, a excepción de Chile y Colombia, todos los demás países comenzaron a regular el teletrabajo en esta última década, inclusive nuestro país.

No desarrollaremos el caso de Chile, ya que únicamente agregó a su código de trabajo, en el artículo correspondiente a trabajo a domicilio, una referencia a las personas que trabajan desde fuera de la empresa, pero sin desarrollar un sistema legal que sustente la modalidad²⁰.

En Colombia, antes del dictado de una ley específica, el teletrabajo se consideraba una forma de organización laboral más, por lo que quedaba circunscripto a las leyes generales en materia laboral²¹. La ley 1221 en su art. 6º, inc. 10, establece: La vinculación a través del teletrabajo es voluntaria, tanto para el empleador como para el trabajador. Los trabajadores que actualmente realicen su trabajo en las instalaciones del empleador, y pasen a ser teletrabajadores, conservan el derecho de solicitar en cualquier momento, volver a la actividad laboral convencional. Por lo tanto, según este apartado, tanto el trabajador como el empleador pueden, en cualquier momento, pedir al otro la reincorporación al lugar de trabajo anterior, sin ningún tipo de límites o restricciones.

Posteriormente, en 2013, se crea la “Guía jurídica para la implementación del teletrabajo”²². En el apartado 5 de esta guía se hace referencia al principio de reversibilidad, citando el mencionado inciso, pero recomendando luego, que sería importante que en el pacto de implementación de la modalidad se especifiquen límites para el ejercicio de este derecho, acordados de mutuo acuerdo entre el trabajador y el empleador.

El empleador puede restaurar las condiciones anteriores de trabajo superando el plazo especificado en el inciso 1, teniendo en cuenta el artículo 42 § 1-3 (plazos de rescisión del contrato de trabajo).

-Artículo 67, inciso 9: El consentimiento del trabajador para cambiar las condiciones de trabajo en el caso contemplado en el artículo. 67(7) § 3, así como la interrupción del trabajo en forma de teletrabajo en los principios establecidos en el artículo. 67(8), no puede constituir un motivo para la terminación por parte del empleador del contrato de trabajo.

²⁰ Para más información: DIRECCIÓN DEL TRABAJO DE CHILE, “Una mirada a la figura del teletrabajo”, 2011. http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-100016_recurso_1.pdf.

²¹ Para más información: DIAZGRANADOS. LUIS ADOLFO, *El teletrabajo*, http://www.urosario.edu.co/urossario_files/33/3335ab24-8bf8-45bf-bded-1c2cf0ae27cd.pdf.

²² MINISTERIO DE TRABAJO DE COLOMBIA, “Guía Jurídica de Implementación del Teletrabajo”, 2013, <http://www.secretariageneralalcaldiamayor.gov.co/sites/default/files/anexo-1-guia-juridica-para-la-implementacion-del-teletrabajo.pdf>.

Si bien la ley colombiana es la que más determina y especifica derechos y prerrogativas para los teletrabajadores, el tratamiento del instituto de reversión presenta varias deficiencias. En primer lugar la crítica se centra en que la ley no establece ningún tipo de límite en el ejercicio del derecho, lo que puede generar perjuicios para ambas partes de la relación laboral. En el caso del trabajador, la modificación del régimen de prestación de tareas puede afectar su órbita familiar y la disposición de su vida diaria; mientras que para el empleador, el regreso del trabajador a las instalaciones de la empresa en cualquier momento, puede implicar modificaciones que alteren seriamente la organización empresarial. Otra falencia importante en la normativa supone liberar al mutuo acuerdo de las partes la determinación de límites y plazos, teniendo en cuenta el desequilibrio natural de la relación laboral, pilar fundamental sobre el que se basan los principios del derecho del trabajo.

En el año 2013 Perú sanciona la ley 30.036²³, ante la necesidad de una norma específica para la modalidad de teletrabajo. La ley consta de cinco artículos solamente, dejando expresamente el resto de la regulación, al decreto reglamentario que posteriormente la complementa. Pasados dos años de la publicación de la norma, el Poder Ejecutivo dicta el Decreto Supremo N° 017-2015-TR²⁴, dándole forma y contenido a la regulación de la modalidad.

Sobre el instituto de la reversión, ya la ley, en el artículo cuarto, precisaba algunas premisas que la diferencian de otras normativas sobre teletrabajo de la región²⁵. El legislador consideró ahí que, por encima de cualquier otro principio, el que rige en el caso de la reversibilidad, es la facultad de dirección del empleador, facultándolo a denegar la solicitud de reversión, sin expresión de causa. A su vez, en ejercicio de esta facultad, puede instar al teletrabajador a retornar a la modalidad anterior de prestaciones, únicamente teniendo en cuenta la productividad del trabajador.

La forma de regulación del derecho es altamente cuestionable. Todas las decisiones con respecto a la modalidad son tomadas únicamente por el empleador, quien además el criterio de justificación que debe seguir para imponer la reversión, se basa en objetivos que no se precisan, ya que pueden estar relacionados con el desempeño del trabajador, como ser totalmente ajenos a él.

Si bien no son obligatorios, este artículo se contrapone a los preceptos sobre reversibilidad de la OIT, que figuran en el Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo, creado en conjunto con el Ministerio de Trabajo y la Unión Industrial de nuestro país²⁶.

²³ Ley 30.036 de 2013, Ley que regula el teletrabajo, 5 de junio de 2013.

²⁴ Decreto Supremo 017-2015-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 30.036, 3 de noviembre de 2015.

²⁵ Artículo 4: Por razones debidamente sustentadas, el empleador puede variar la modalidad de prestación de servicios a la de teletrabajo, previo consentimiento del trabajador.

El cambio de modalidad de prestación de servicios no afecta la naturaleza del vínculo laboral, la categoría, la remuneración y demás condiciones laborales, salvo aquellas vinculadas a la asistencia al centro de trabajo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo, el teletrabajador puede solicitar al empleador la reversión de la prestación de sus servicios bajo esta modalidad.

El empleador puede denegar dicha solicitud en uso de su facultad directriz.

El empleador puede reponer al teletrabajador a la modalidad convencional de prestación de servicios que ejecutaba con anterioridad si se acredita que no se alcanzan los objetivos de la actividad bajo la modalidad de teletrabajo.

²⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, UNIÓN INDUSTRIAL, *Manual de buenas prácticas en teletrabajo*, Buenos Aires, Argentina, 2011, ps. 18 y 19.

A su vez, el Decreto Supremo que reglamenta la prestación, también hace referencia a este principio, siendo consecuente con lo expresado en la ley. En el Título I, Capítulo I, arts. 4º y 5º, se ve ratificado lo estipulado en la ley sobre el alcance subjetivo del derecho. El teletrabajador puede hacer uso de él, pero de manera incompleta, por cuanto su empleador puede denegarle el pedido sólo expresando cualquier causa que justifique su decisión. En el caso contrario, cuando la requisición surge de la parte empleadora, se exige también un motivo para hacer uso del derecho, sin embargo éste debe significar un incumplimiento de los objetivos propuestos a partir del programa de teletrabajo.

Una novedad, comparándolo con el resto de la legislación sobre el tema en la región, implica el punto 4.4 del decreto, el cual proyecta los efectos de la reversibilidad al supuesto en que el trabajador comience teletrabajando y sea colocado luego en un puesto dentro de las instalaciones de la empresa.

El art. 5º proclama la potestad de oponerse a las decisiones del empleador y remite a la Ley de Productividad, donde se enumeran los “actos de hostilidad” por los que el trabajador puede considerarse injuriado de manera equiparable al despido.

Por último en Costa Rica, en el año 2013, el Poder Ejecutivo promulgó el DE N° 37695-MP-MTSS²⁷, orientado únicamente a áreas dentro del sector público, llamadas “instituciones” en el texto legal. Para implementar la modalidad estas instituciones deben suscribir acuerdos con los trabajadores, quienes se incorporan de manera voluntaria, en donde se especifiquen “las condiciones necesarias para la realización de sus funciones (...)”.

En cuanto al principio de reversibilidad en el teletrabajo, el art. 8º, inc. e), indica que la institución tiene la potestad de revocar la modalidad y destinar al trabajador a volver a su puesto de trabajo de manera presencial, siempre fundamentando dicha facultad bajo “...las políticas y lineamientos que la administración emita...”, si bien los mismos no se encuentran debidamente expresados. A su vez el trabajador tiene el derecho de solicitar en cualquier momento su restitución a la modalidad presencial, sin expresión de causa alguna. Al igual que la legislación de Colombia, esta amplia libertad, puede suscitar diversos conflictos y abre varios interrogantes. ¿Qué ocurre en el caso en que el trabajador se considere perjudicado ante la decisión unilateral de volver a la modalidad presencial? ¿La institución puede asignarle otras tareas al trabajador si las que desempeña ya no se realizan de manera presencial?

V. Conclusiones

El *derecho de reversión* es un instituto propio del teletrabajo dependiente que no se encuentra suficientemente regulado en la legislación actual, relegando a la invocación del art. 66 LCT la posibilidad que el trabajador sufra un perjuicio patrimonial o moral, en un plazo razonable que será evaluado por los jueces y así solicitar o la reincorporación a su trabajo anterior o el resarcimiento por despido indirecto.

²⁷ Presidencia de la República, el Ministro de la Presidencia y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Decreto Ejecutivo 37695-MP-MTSS: Promoción del Teletrabajo en las Instituciones Públicas. La Gaceta N° 98, del 23 de mayo de 2013, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica.

Con el fundamento puesto en la continuidad del vínculo, proponemos considerar los siguientes lineamientos que pueden fundamentar una normativa futura:

- Establecer un plazo cierto en el que el trabajador solicite su regreso al trabajo tradicional sin invocación de causa.
- Pasado el plazo sin invocación de causa, establecer un plazo en que el trabajador podrá pedir retornar a su puesto anterior con expresa invocación de causa.
- Establecer distintas consecuencias económicas de resarcimiento al trabajador para el caso de incumplimiento injustificado o no del empleador de su correlativa obligación de reincorporar al trabajador a su puesto originario.

Castro Fox²⁸, Director de OIT/Argentina, sostuvo que “el teletrabajo, por su naturaleza, es otra forma más de impulsar el ingreso de más personas al mundo laboral. Es una respuesta a los avances tecnológicos y frente a las nuevas demandas del mundo laboral, el Estado debe tomar medidas para que las peculiaridades de estas nuevas modalidades garanticen el respeto a la igualdad de oportunidades y de trato de la que gozan otras formas de trabajo; es decir, que quienes opten en este caso por el teletrabajo no se encuentren en una situación de desventaja frente a otros trabajadores”, calificada opinión que compartimos.

El mundo del trabajo se ve avasallado por la tecnología, de nosotros depende que ésta implementación ocurra tan rápida como protectoriamente, que ocurra un verdadero diálogo entre humanidad y tecnología. Para ello, parece necesario acceder a una “modernización negociada” que permita un desarrollo justo del mercado.

Bibliografía

ACKERMAN, MARIO (Director); TOSCA, DIEGO (Coordinador), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. VI, 1ª ed., 1ª reimp., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

ARMAS MORALES, CARLOS, “El teletrabajo”, *Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Vol. 8, N° 15, Lima, julio 2005, ps. 10 y 11.

BIAGI, MARCO, “La informática y su incidencia en las relaciones laborales” —Parte 8— en Coloquio sobre la convergencia de los medios de comunicación múltiples (multimedia), Consejo de Administración, Organización Internacional del Trabajo-SMC/1997/6, <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb270/smc97-6.htm>, búsqueda del 12 de diciembre de 2014.

CAL, LUIGI, “Experiencias de teletrabajo en Europa y el punto de vista de los actores”, www.adapt.it/boletinespanol/docs/articulo_cal_tt.pdf, 2013.

CAPON FILAS, RODOLFO, *Derecho Laboral*, t. II, Ed. Platense, Buenos Aires, 1980.

CASTRO FOX, MARCELO, “El teletrabajo, una modalidad para la promoción de empleo”, columna de opinión en http://www.trabajo.gov.ar/ott/editorial_ampliado.asp?cat=18&subc=2&id_editorial=9, búsqueda del 10 de noviembre de 2015.

COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

²⁸ CASTRO FOX, MARCELO, “El teletrabajo, una modalidad para la promoción de empleo”, columna de opinión en http://www.trabajo.gov.ar/ott/editorial_ampliado.asp?cat=18&subc=2&id_editorial=9, búsqueda del 10 de noviembre de 2015.

DIRECCIÓN DE TRABAJO, Chile, "Una mirada a la figura del teletrabajo", 2011, http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-100016_recurso_1.pdf.

GARMENDIA CEDUKKI, XOCHITL, "Teletrabajo", Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa, Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, México, 2008, p. 8.

LENGUITA, PAULA, "Las relaciones de Teletrabajo. Entre la protección y la reforma", Argumentos, UAM-X, México, Nueva Época, Año 23, N° 64, septiembre-diciembre 2010, ps. 253/254.

MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, Argentina. *Manual de buenas prácticas en teletrabajo*, Buenos Aires, Argentina, 2011.

MINISTERIO DE TRABAJO, Colombia. "Guía Jurídica de Implementación del Teletrabajo", 2013. <http://www.secretariageneralalcaldiamayor.gov.co/sites/default/files/anexo-1-guia-juridica-para-la-implimentacion-del-teletrabajo.pdf>.

RUPRECHT, ALFREDO, *Los principios normativos laborales y su proyección en la legislación*, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1994.

SAAD, CARLA, "El instituto de la reversión y su implicancia en el teletrabajo dependiente", *Anuario XV*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Univesidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2015.

— "Teletrabajo, su inserción en la legislación laboral Argentina", *Anuario XII*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2011.

THIBAUT ARANDA, JAVIER y SEGOVIA, ÁNGEL JURADO. "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 72, Universidad de la Rioja, España, 2003, p. 11.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (Director); OJEDA, RAÚL (Coordinador), *Ley de Contrato de Trabajo – comentada y concordada*, t. III (artículos 196 a 277), Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES DE FAMILIA CONYUGALES Y CONVIVENCIALES^{*}

*Adriana María Warde^{***} - Mónica Assandri^{****}*

Resumen: En el marco del derecho de familia vigente se examina la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia conyugales y convivenciales, abarcando tanto la institución del matrimonio, sus efectos personales, patrimoniales, su disolución, como las uniones convivenciales. Seguidamente se analiza desde una mirada constitucional si este principio, “el derecho a la libertad de intimidad” se encuentra plasmado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación para concluir que la legislación vigente armoniza con lo dispuesto en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Finalmente se investiga la recepción de este principio en la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional.

Palabras claves: principios - autonomía de la voluntad - Código Civil y Comercial de la Nación - Constitución Nacional - Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

1. El problema de la investigación

El objetivo de la investigación es analizar puntualmente si el principio de la autonomía de la voluntad, desde una mirada constitucional, se encuentra plasmado en el Código Civil y Comercial de la Nación en las siguientes instituciones: a) acto jurídico matrimonial, sus efectos —personales, patrimoniales— su disolución y b) las uniones convivenciales.

Por consiguiente, nos propusimos examinar y evaluar si la legislación vigente observa el mandato constitucional de “el derecho a la libertad de intimidad”, que en el derecho de familia implica “poder de decisión”, “ejercicio de la libertad personal” sin generar violaciones o arbitrariedades, y en consecuencia poder concluir que el Código Civil y Comercial de la Nación armoniza con esta manda constitucional, asegurando a las personas en las relaciones de familia conyugales y convivenciales el pleno ejercicio del derecho a la libertad de intimidad.

Asimismo abordaremos las posturas asumidas por la doctrina y jurisprudencia nacional y el tratamiento de la cuestión por la legislación, doctrina y jurisprudencia extranjera.

^{*} Recibido 08/03/2016 ~ Aprobado 15/10/2016.

^{**} El Equipo de investigación dirigido por las Prof. Adriana Warde y Mónica Assandri está integrado por Lucía Hipatia Parodi, Wendi Romina Orona, Nancy Ruth Canelo, Florencia Paccussi, María Lourdes Vallejos.

^{***} Profesora Adjunta de la cátedra “A” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho. UNC. Dra. en Derecho y Ciencias Sociales. Especialista en Derecho de Familia. E.mail:wardeadriana@hotmail.com.

^{****} Profesora Ayudante A de la cátedra “A” de Derecho Privado VI, cátedra “C” Derecho Privado I y profesora Asistente cátedra “A” de Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía. Especialista en Derecho de Familia. E.mail: moassandri@hotmail.com.

2. El principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia

El principio de la autonomía de la voluntad lo encontramos en el art. 19 de la Constitución Nacional al establecer: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo 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.” El límite al ejercicio del derecho a la libertad de intimidad es la ofensa al orden, a la moral pública y el perjuicio a terceros.

Asimismo, el Preámbulo del texto constitucional enuncia: “Asegurar los beneficios de la libertad”. Ese mandato se cristaliza en art.19 de la Constitución (...). El principio de autonomía de la voluntad de la persona humana o libertad de intimidad a que hace referencia el mencionado artículo, es uno de los ejes de nuestro sistema de derechos”¹.

Destacamos que la Corte Suprema de Justicia interpretando este artículo sostiene que “... concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, en cuanto le es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad, y esa facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa”². En otro fallo, en particular Petracchi subrayó que “el derecho a la privacidad puede ser definido como el ‘derecho a ser dejado a solas’.. cuando toma las decisiones relacionadas con las dimensiones fundamentales de la vida...”³.

Nuestro antiguo texto constitucional no reconoce expresamente el derecho a la intimidad familiar, sin embargo con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos queda expresamente establecido, ya que prevén “que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o *en la de su familia* y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales intromisiones”⁴.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: “Que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás”⁵.

¹ DOMÍNGUEZ GIL, ANDRÉS - FAMÁ, MARÍA VICTORIA - HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 216/217.

² CSJN, 06/04/1993, “Bahamonde, M. s/Medida Cautelar”, LA LEY, 1993-D, 125. Voto de los ministros doctores Barra y Fayt.

³ CSJN, 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida S.A.”

⁴ Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; art. 11 Convención Americana de Derecho Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 16 de Convención sobre los Derechos del Niño. MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Ed, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 231.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia 24 de febrero 2012.

La autonomía de la voluntad está definida en el diccionario jurídico de Ossorio como: “*La potestad que tienen los individuos para reglar sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de un libre arbitrio*”⁶.

Bidart Campos la define como “lo que pertenece o incumbe a la autonomía personal, a las decisiones personales, a la libertad y a la voluntad también personales, en un espacio en que el Estado y los terceros no pueden invadir o violar”⁷; “es una especie de mínimo que jamás tolera ser violado si de algún modo se ‘altera’ provoca arbitrariedad...”⁸. En busca de soluciones mejores el autor se plantea este test: “Si de un lado hemos colocado la intimidad y la autonomía personal, y del otro las limitaciones, las reglamentaciones legales, el orden público (o simplemente el orden), la moral pública y los derechos ajenos, el test debería inclinarse a favorecer todo lo que pertenece al ámbito de la libertad y las decisiones personales, reservando la intervención del estado a cuestiones que con claridad y certeza no pueden dejarse libradas totalmente a la voluntad personal”⁹.

Mizrahi destaca que: “...—fuera de casos extremos— se impondrá la regla de la neutralidad estatal que dará paso a la autonomía privada: le estará vedado a la comunidad interferir en la libre elección de los planes de vida de los sujetos. Estamos frente a una renovada concepción acerca del respeto que merecen las decisiones de las personas (art. 19 de la Constitución Nacional)...”¹⁰.

Consideramos que la autonomía de voluntad implica en el ámbito del derecho de familia “poder de decisión”, “ejercicio de la libertad personal”, la posibilidad de resolver sobre ciertos aspectos de la vida personal, de poder optar por una autorregulación propia. Es obvio que hace a la libertad, “posibilidad de decidir sin condicionamientos externos”. Es decir constituye la norma básica de delimitación de los ámbitos de lo público y privado, circunscribiéndose a un área o esfera de intimidad... inmunizada o sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado y de los demás terceros¹¹.

Destacamos que existe una marcada tendencia a la privacidad de las cuestiones familiares y la correlativa disminución de los sectores que pueden calificarse de orden público, se ha convertido en valor supremo el pluralismo y permitir a cada individuo un manejo autónomo de sus asuntos familiares. La incidencia de este principio en el derecho de familia ha sido de tal magnitud —especialmente en los últimos años— que podría decirse que muy pocos aspectos del mismo no han sido “rozados” por este principio, resultando muchos de ellos sustancialmente transformados en miras a su reconocimiento¹².

Pero a la par de estas mutaciones se ha producido una expansión de los derechos humanos, que en nuestro país ha adquirido carácter constitucional y que en algunos casos protegen al interés individual y en otros actúan como lí-

⁶ OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1982, p. 74.

⁷ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 9.

⁸ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., 1999, ob. cit., p. 11.

⁹ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., 1999, ob. cit., p. 28.

¹⁰ MIZRAHI, MAURICIO LUIS, *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 69 y 178.

¹¹ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS - FAMÁ, MARÍA VICTORIA - HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 219.

¹² GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS - FAMÁ, MARÍA VICTORIA - HERRERA, MARISA, 2006, ob. cit., p. 216.

mites a la autonomía de la voluntad y justifican la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones de familia.

En este orden de ideas nos proponemos examinar, en las relaciones de familia conyugales y convivenciales, qué aspectos quedan reservados al ámbito de la intimidad y de la autonomía de la voluntad, y cuáles deben someterse al poder de contralor del estado por cuestiones de orden público¹³, si hubo un avance en el derecho vigente respecto del derogado, como así también la opinión de la doctrina y las resoluciones judiciales.

Concluimos que “La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia” está íntimamente ligada al principio de reserva que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional, y consecuentemente, a la noción de orden público vigente en una época y una sociedad determinada”¹⁴. Ello nos conduce a una primera afirmación, el derecho constitucional al organizar la vida íntima y personal (autonomía personal) debe analizarse con los otros principios constitucionales de solidaridad, igualdad efectiva, responsabilidad y protección del más débil¹⁵ que integran nuestro bloque de constitucionalidad. Debe siempre buscarse el equilibrio que permita una armonización entre la protección de la familia y las autonomías propias de cada uno de los integrantes¹⁶.

En función de lo expuesto analizamos la aplicación de este principio en el acto jurídico matrimonial sus efectos personales y patrimoniales, su disolución y las uniones convivenciales.

2.1. Acto matrimonial

Se comienza destacando la evolución legislativa que ha sufrido la institución de la familia en nuestra sociedad. La noción de familia actual no está asociada con el requisito indispensable de matrimonio y consiguientemente con los conceptos patriarcales, indisoluble, heterosexual entre otras características, claramente impuestas por un legado eclesiástico.

Se entiende por familia la constituida por *el conjunto de personas cuyos sujetos fundantes pueden o no estar casados civilmente, pueden o no ser de diferente sexo, pueden o no dejar descendencia sin que ello sea un requisito para poder hablar de familia, pueden o no ser indisoluble con el paso del tiempo pero que tienen un proyecto de vida familiar, consiguientemente una autonomía como grupo y célula principal en la sociedad*, pero con la independencia, individualidad, autonomía de cada uno, es decir que la suma de las voluntades y derechos individuales hacen a lo que es la familia sin que esta institución neutralice a sus componentes. Por ello es que hoy en día podemos hablar de una pluralidad de familias, teniendo una legislación que nos permite comprenderla en forma dinámica tal como se presenta en los hechos.

¹³ Art. 21 CCiv., estableciendo que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto aquellas leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

¹⁴ Conforme conclusiones finales XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil Rosario 2003 en la comisión de familia “La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia” (Despacho de la mayoría).

¹⁵ ARIANNA, CARLOS ALBERTO, “Autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia”, en *Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho de Familia*, t. II, Imprenta Lux S.A., Santa Fe, 2003, p. 14.

¹⁶ LLOVERAS, NORA - SALOMÓN MARCELO, *El derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 275.

Así como existe la posibilidad de las personas de contraer matrimonio, existe la posibilidad de no realizar este acto encontrándose aquí la primera manifestación de la autonomía personal de los individuos.

En consecuencia, el acto matrimonial es *un hecho voluntario, lícito, susceptible de generar efectos jurídicos*. Celebrar las nupcias por parte de dos personas depende sólo y exclusivamente de la propia voluntad de los contrayentes, existiendo pleno ejercicio de autonomía personal por lo que podemos hablar de un verdadero acto personalísimo.

Con lo dicho se infiere que la legislación que regula el acto matrimonial, respeta el principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Sin embargo, por ser un hecho que produce una modificación del estado civil de las personas, genera consecuencias jurídicas, siendo necesaria su reglamentación a fin de no perjudicar el orden, la moral pública, derechos de terceros y de los integrantes del grupo familiar.

El Código Civil y Comercial¹⁷ impone los requisitos de existencia y validez intrínsecos y extrínsecos del acto matrimonial, siendo éste un acto formal y solemne, regulando el consentimiento, la capacidad de los contrayentes y la autoridad competente como también los efectos que el mismo está destinado a producir. En consecuencia, en cuanto a su constitución, el acto jurídico matrimonial es de orden público¹⁸.

En conclusión se afirma que *la celebración del matrimonio* como acto jurídico familiar (matrimonio *in fieri*) es fruto de la libertad de los contrayentes plasmándose en el mismo el principio de autonomía de la voluntad, pero destacamos que *el estado matrimonial* que surge del acto jurígeno inicial (el matrimonio *in facto esse*) está sujeto a los caracteres comunes del estado de familia de orden público.

2.1.1. Efectos personales del matrimonio

El matrimonio repercute sobre los atributos de la persona, esto es, nombre, domicilio, estado y capacidad. En cuanto a los atributos del *domicilio* y *nombre* sí receptan el principio de autonomía de la voluntad, ya que ambos cónyuges pueden fijar de común acuerdo el lugar de *la residencia de la familia* estando limitada esta facultad por el deber jurídico de convivencia estipulado en el art. 431 CCyC, que no les permite vivir en distintos domicilios, no obstante ello sostenemos que al legislarse el divorcio incausado, la enunciación de este deber que por naturaleza es incoercible pierde operatividad, ya que no es posible su imposición coactiva.

Respecto del *nombre*, la legislación vigente es un reflejo del avance del principio de autonomía de la voluntad, partiendo de la ley 18.248 que imponía la obligación para la mujer casada de llevar el apellido del marido precedido de la preposición “de”, luego la ley 23.515, estableció que era optativo para la mujer adicionar el apellido del marido precedido de la preposición “de”; y la ley 26.618 de matrimonio igualitario que mantuvo la posibilidad de optar a cada uno de

¹⁷ El Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley 26.994 (B.O. 08/10/2014) cuya vigencia se adelantó al 01/08/2015 por ley 27.077 (B.O. 18/12/2014).

¹⁸ CNCiv., sala E, 08/09/2004, “F., M. A. y F., J. M.”, LA LEY, 1979-B, 423; CNCiv., sala A, 22/03/1979, “A. de F., c. F., A.”.

los cónyuges el añadir a su apellido el del otro cónyuge. Ello hasta la sanción del Código Civil y Comercial que establece que “cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella”¹⁹.

En relación a los atributos de *capacidad*²⁰ y *estado*²¹, no sucede lo mismo ya que en ellos prima el “orden público familiar” y creemos que es así dado que el Estado tiene interés en la regulación de los mismos. Resulta lógico que así sea, por cuanto la capacidad implica también una forma de regulación de las relaciones jurídicas, sustentadas esencialmente en el resguardo de la moral y de la buena fe a través de la protección del incapaz o de la propia de sociedad. A su vez el estado influye sobre la capacidad ya que supone una determinada posición del sujeto en la familia que incide sobre sus derechos y obligaciones²².

La mutación del sistema axiológico del Código Civil y Comercial —suspensión del divorcio sanción— impacta en el principio de la autonomía de la voluntad ya que trajo consigo una nueva regulación de los derechos deberes matrimoniales: a) **deberes jurídicos: asistencia y cooperación**; b) **deberes no jurídicos: la fidelidad** como un deber ético y la *convivencia* —que por los fundamentos vertidos *supra*— avanza y amplía la actitud de decisión de los integrantes del matrimonio. A los cónyuges no se los puede obligar a compartir el asiento conyugal y la fidelidad es un deber moral, siendo ajeno al derecho su reproche, encontrándose reservado al ámbito de la intimidad y de la autonomía de la voluntad²³.

¹⁹ Legislación comparada: Brasil en el art. 1566 del Código Civil “La efectividad del matrimonio”, estipula: I - la fidelidad mutua; II - la vida juntos en el domicilio conyugal; III - la asistencia mutua; IV - el apoyo, la custodia y la educación de los niños; V - el respeto mutuo y la consideración. El Código Civil uruguayo plantea que los derechos y obligaciones entre marido y mujer son: fidelidad mutua y auxilios recíprocos; el deber de convivencia es recíproco entre marido y mujer; y además que ambos contribuirán a los gastos del hogar (art. 121) proporcionalmente a su situación económica; Venezuela en el art. 137 del Código Civil remarca la reciprocidad de los derechos y deberes de marido y mujer. Asegurando que del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. En este sentido también el art. 139 se refiere a que el marido y la mujer están obligados a contribuir en la medida de los recursos de cada uno, al cuidado y mantenimiento del hogar común, y a las cargas y demás gastos matrimoniales.

²⁰ Noción de capacidad: es el grado de aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos y para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican los mencionados deberes.

²¹ Estado de familia: entendido como la posición del individuo en el grupo familiar a que pertenece.

²² RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, t. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 388.

²³ El avance del “principio de autonomía de la voluntad” en el Código Civil y Comercial de la Nación respecto de los deberes personales fue contundente; receptando lo que reflejaba la Jurisprudencia mayoritaria que consideraba que a partir de la separación de hecho la atenuación en la exigencia de los deberes que pesan sobre los cónyuges, apartándose de lo que plantea la legislación vigente que establece dentro del régimen matrimonial la aplicación imperativa de los principios mencionados, estableciendo en el caso de la fidelidad que dicho principio sólo con la muerte y el divorcio desaparece, convirtiendo finalmente al deber de fidelidad en un simple deber moral, dejando de exigir el deber de cohabitación y subsistiendo sólo el deber de asistencia. Fue la jurisprudencia la que dio paso a la flexibilización de los principios imperativos al mencionar: “Sostener que los consortes se pueden relevar del deber de cohabitación y del débito conyugal, como consecuencia de la separación de hecho, y exigir sólo el de fidelidad, sería admitir un ejercicio abusivo del derecho (...)” (LLBA, 2012 (julio), 639 - LA LEY, 2012-D, 526, con nota de Eduardo G. Roveda; DJ, 09/01/2013, 34). “(...) se entiende que el deber de fidelidad se torna inexigible luego de la separación de hecho (...) ha de ser interpretado de modo concordante con el resto de los deberes conyugales, especialmente los de cohabitación y débito conyugal, de modo que la ausencia consensuada del cumplimiento de estos dos últimos debe relativizar forzosamente el de fidelidad.(...) La separación de hecho (...) si bien no equivale al divorcio, sí tiene efectos inquestionables en razón de la falta de convivencia por parte de los esposos, los cuales son, sin discusión, la ruptura de la cohabitación y el débito conyugal” (SC Buenos Aires, 06/06/2012, “R., I. I. c. L., M. R. s/Divorcio”, LLBA 2012 (julio), 639 - LA LEY, 06/08/2012).

Se reconoce que en el Código Civil y Comercial el matrimonio cumple una importante función *asistencial*: basado en el deber alimentario y de colaboración económica entre los esposos; ambos de orden público y por tanto imperativos. En relación a la obligación alimentaria cobra vigencia el principio de solidaridad familiar; los cónyuges no pueden dejar sin efectos ni modificar lo establecido respecto de estas disposiciones, salvo cuando la ley específicamente lo autoriza a realizar convenios dando lugar a la autonomía de la voluntad, al permitirles convenir la prestación de los mismos. En consecuencia, estamos frente a un sistema de efectos del matrimonio irrenunciables, imprescriptibles e indisponible, que escapa a la órbita de la autonomía de la voluntad.

2.1.2. Efectos patrimoniales del matrimonio

El Código Civil y Comercial de la Nación, a tono con la legislación comparada en la materia, con el histórico reclamo de la mayoría de la doctrina argentina y con lo previsto por anteriores proyectos de reforma del Código Civil²⁴, armoniza con el sistema axiológico constitucional vigente, el cual manda respetar la autonomía, intimidad y libertad personal, incluso en cuestiones patrimoniales. Ello es así en tanto prevé un *sistema patrimonial matrimonial convencional no pleno*, en el cual se faculta a los cónyuges a “optar” entre los dos regímenes patrimoniales previstos: el de separación de bienes y el de comunidad, sin posibilidad de diseñar ninguna cláusula, permitiéndose además “mutar” entre esos dos regímenes durante la vigencia del matrimonio. Ante la falta de elección de los cónyuges, se impone como régimen supletorio el régimen de comunidad de ganancias²⁵.

Asimismo, no existen restricciones para contratar entre los esposos (libertad contractual), permiso que implica tácitamente, en opinión de la Dra. Molina de Juan, una posible *atribución de ganancialidad* de los bienes, con carácter vinculante para el momento de la partición y liquidación de la comunidad, ya que nada impediría que adquieran bienes con dinero propio y dejen expresado que el bien tiene carácter ganancial o a la inversa. Así trata este tema el Código Civil español (arts. 1324, 1355), que ha sido fuente del Proyecto de reforma en este punto²⁶.

²⁴ MOLINA DE JUAN, MARIEL F., “Cuando calificar los bienes del matrimonio no es una cuestión de azar”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia, 2013-VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, diciembre 2013, p. 168, sostiene que “la regulación del régimen patrimonial del matrimonio diseñado en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial recepta el clamor de la doctrina y jurisprudencia al incorporar la posibilidad de que los cónyuges opten por uno de los regímenes económicos ahora autorizados (comunidad de ganancias o separación de bienes)”. “De este modo el derecho argentino abandonaría el sistema legal, único y forzoso de ‘sociedad conyugal’ que regentea las relaciones económicas conyugales desde la época de Vélez Sarsfield —y que se mantuvo prácticamente incólume hasta el siglo XXI (sin perjuicio de los cambios relevantes relativos a la cuestión de la gestión introducidos por las leyes 11.357, 17.711 y 25.781, que reflejan la preocupación por la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer)— y se abre paso el reconocimiento de la autonomía personal de la pareja conyugal como un bastión indiscutible”.

²⁵ El Código Civil de Vélez Sarsfield, en cambio, al regular el régimen patrimonial matrimonial no armonizaba con el principio de autonomía de la voluntad, de mandato constitucional, en tanto el régimen de comunidad diferida de bienes gananciales “se impone” como régimen único, legal, imperativo e inmutable. No obstante ello, sostenemos que los cónyuges, vigente ese régimen, podían ejercer su autonomía personal en los supuestos previstos en los arts. 1290 y 1294 del CCiv., en la libertad para disponer y administrar sus bienes muebles no registrables, como así también sus bienes inmuebles y muebles registrables —en este caso, previo “asentimiento” no arbitrario del otro cónyuge—, y en su amplia facultad de endeudamiento.

²⁶ MOLINA DE JUAN, MARIEL F., 2013, ob. cit., p. 168.

En este sentido, se reconoce la autonomía personal de los contrayentes al aceptar que la realidad social no es uniforme ni única, sino que en ella coexisten diversidad de proyectos familiares, diversidad de ingresos y de educación, matrimonios en segundas nupcias, a los que el orden jurídico debe responder con una oferta normativa que respete la especificidad y las necesidades de cada uno.

No obstante, destacamos como valioso que el Código Civil y Comercial de la Nación regula un régimen patrimonial primario, imperativo, inderogable, que gobierna a todos los matrimonios cualquiera sea el régimen patrimonial elegido, basado en el principio de solidaridad familiar²⁷, que viene a actuar como límite a aquella autonomía a fin de evitar conductas abusivas, el fraude o perjuicio al otro, consagrando un conjunto de garantías mínimas²⁸; previsión legal que a nuestro entender constituye un “piso mínimo de protección de derechos” que se alinea como medida de acción positiva del Estado Argentino en aras de resguardar su responsabilidad internacional por omisión de armonizar su legislación interna con el bloque de constitucionalidad federal, ya que en nuestra opinión el respeto por la autonomía de la voluntad debe estar en adecuado balance con la solidaridad y responsabilidad familiar, para lograr de ese modo una efectiva *protección integral* de “las familias”.

2.1.3. Efectos divorcio vincular

El Código Civil y Comercial regula el divorcio, respetando la autonomía personal e intimidad de las personas, suprime las causales subjetivas y legisla en el art. 437 un solo tipo de divorcio “incausado”, la consagración de un divorcio sin atribución de culpas se condice con el respeto y satisfacción de los derechos humanos de los cónyuges y demás miembros del grupo familiar²⁹, resguardando las relaciones familiares y evitando la intromisión del Estado en la intimidad de las familias.

La explicación de las razones que justifican los cambios y las innovaciones en el Código Civil y Comercial se encuentran expresadas en los Fundamentos que los autores de este nuevo cuerpo normativo plasmaron en el Anteproyecto del mismo: “Como en el sistema vigente, el divorcio exige la vía judicial, pero se introducen modificaciones en las vías que permiten llegar a él. Se siguen los lineamientos generales de la reforma española del 2005, cuya exposición de motivos destaca que el libre desarrollo de la personalidad, que se deriva del principio de autonomía de la voluntad, justifica que el ejercicio del derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud (...) Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin

²⁷ Algunos países que tienen previsto este “régimen primario” son: Francia, Holanda, Finlandia, Grecia, España, Suiza, Portugal, Bélgica, Costa Rica, Venezuela, Brasil, Paraguay, entre otros.

²⁸ Estas reglas se refieren al sostenimiento del hogar común, protección de la vivienda familiar y de los muebles no registrables indispensables para la vida del hogar y de uso común de la familia, responsabilidad solidaria por las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar común y educación de los hijos menores de edad o mayores con discapacidad o capacidad restringida, comunes o no comunes, que conviven con ellos.

²⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA - HERRERA MARISA - LLOVERAS NORA, *Tratado de Derecho de Familia*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 351.

que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición”.

De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea.

Continuando con la misma línea de pensamiento, otra modificación tuitiva de la libertad de los cónyuges es la supresión de los plazos para solicitar el divorcio y el trámite de la doble audiencia para la disolución del vínculo, la posibilidad de peticionar conjuntamente el divorcio o bien de solicitarlo unilateralmente suprimiendo las causales subjetivas y objetivas, evita que los cónyuges deban expresar las causas que dieron origen a la decisión de disolver el vínculo matrimonial, privilegiando de este modo los efectos y las consecuencias en resguardo de las relaciones familiares y evitando la intromisión del Estado en la intimidad de las familias³⁰.

El art. 438 CCyC establece los requisitos y el procedimiento del divorcio, y el art. 439 del CCyC se refiere a los efectos del mismo, expresándose en los Fundamentos que “De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges y la necesidad de que ellos sean los verdaderos protagonistas también en la ruptura de su matrimonio, se consigna la necesidad de incorporar al proceso un convenio regulador, que puede ser acordado por las partes o cuando se trata de un divorcio unilateral, surgido de una propuesta, debe referirse a cuestiones que se derivan de un divorcio (ejercicio de la responsabilidad parental, atribución de la vivienda, distribución de bienes, eventuales compensaciones económicas, etcétera). El otro cónyuge puede compartir o esgrimir otras propuestas, y el juez dirimir en caso de conflicto y homologar en caso de arribarse a un acuerdo. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición”.

Destacamos que se incorpora una nueva institución “La compensación económica”, es otro de los efectos que pueden derivar del divorcio, contemplada

³⁰ En la jurisprudencia, encontramos fallos que han declarado la inconstitucionalidad del trámite previsto por art. 236 del Código Civil prescindiendo del sistema de audiencias reglamentado fundando su decisorio en los siguientes argumentos. “El Estado no debe imponer planes de vida a los individuos sino ofrecerles la posibilidad para que ellos elijan. Pero es a partir de la incorporación de las Convenciones sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) que ha cobrado mayor gravitación, aún, en nuestro orden jurídico la obligación estatal de respeto y fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de las personas en el ejercicio del derecho a casarse, como en planos específicos del ejercicio de los derechos derivados de la calidad de cónyuge y frente a disolución del vínculo (...). La evolución en la familia como institución y en la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos (que refuerzan la idea del art. 19 de la Constitución Nacional) ha provocado que el derecho a la autodeterminación sea la regla, y su limitación la excepción. A su vez, la limitación a la autonomía decisoria debe estar debidamente justificada”.

Dentro de este marco otros fallos aplican este principio de autonomía de la voluntad y sostienen: “que los convenios celebrados entre los cónyuges puedan ser presentados con la demanda por presentación conjunta o bien celebrarse o ratificarse en cualquier momento una vez deducida ésta, estableciendo esta posibilidad como una facultad de los cónyuges y no una obligación” (Juzg. 1ª Inst. Flia. Nº 2 Río Gallegos - Santa Cruz, 22/06/2010, “O. N. E. y P. J. L. s/ Divorcio por presentación conjunta”; Juzg. de Familia de 1ª Nom. Córdoba, 30/07/1998, “M. F., M. E. c. N. D.”, LA LEY, 1999-E, 924 y LLC, 1999-745).

en los arts. 441 y 442 del nuevo Código, encuentra su fundamento en el principio de la solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro.

También en este instituto está presente el principio de la autonomía de la voluntad, los cónyuges pueden fijar, su cuantía y forma de pago en el convenio regulador; pero sólo ante la falta de acuerdo y el oportuno reclamo efectuado por uno de los cónyuges, atento al plazo de caducidad de seis meses, el juez interviene para su determinación. A través de esta herramienta se intenta lograr el equilibrio patrimonial de los cónyuges, lo que significa que deberá analizarse la situación anterior y posterior al divorcio para solicitar la recomposición del mismo.

En conclusión, el Código Civil y Comercial de la Nación plasma un importante avance de la autonomía personal frente a disolución del vínculo, se elimina la necesidad de invocar una causal de manera imperativa por el Código (divorcio incausado), desaparece el requisito de los tres años para solicitar el divorcio autorizándose que la petición pueda ser efectuada en forma individual como de manera conjunta, y se incorpora una nueva institución “la compensación económica” bajo un parámetro de solidaridad familiar e igualdad, no supeditando los efectos del divorcio a ninguna consecuencias de culpabilidad por parte de alguno de los cónyuges o de ambos³¹.

2.2. Uniones convivenciales

Una de las grandes modificaciones del Código Civil y Comercial es la regulación de las uniones convivenciales como una alternativa de organización familiar para aquellas personas que no desean quedar bajo los cánones del matrimonio, incorporando una regulación integral de este nuevo paradigma familiar.

En el marco del proyecto realizado por nuestro equipo, nos preguntamos si esta nueva regulación está en consonancia con el principio de autonomía de la voluntad o por el contrario atenta contra el principio fundamental de la libertad de elección.

Durante largo tiempo, en nuestro país se ha mantenido una opinión contraria a la normativización de los efectos de la uniones convivenciales, entendiéndose que la unión afectiva de los que pueden casarse pero no quieren hacerlo manifiesta una indudable voluntad de no someter al derecho su relación íntima, y que por lo tanto, la intención de juridificarla revelaría una grave incongruencia y un serio atentado contra la autonomía de los individuos.

En este sentido es necesario comenzar a desenredar cuestiones que nos llevan a una confusión, pues el hecho de que estas personas no elijan el matrimonio como forma de vida, con sus formalidades y efectos no implica que re-

³¹ Legislación extranjera: Costa Rica: ley 5476 - Código de Familia: regula el divorcio vincular en el art. 48 y la separación personal en el art. 58, en ambas instituciones se determinan las causales y sólo proceden por sentencia judicial. Cuba: ley 1289 - Código de la Familia: regula en el art. 49 el divorcio el que producirá la disolución del vínculo matrimonial y sólo puede obtenerse, únicamente, por sentencia judicial, el art. 51 establece que procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad; el art. 53 prescribe que la acción de divorcio podrá ejercitarse indistintamente por cualquiera de los cónyuges. Bolivia: Código de Familia: el art. 130 enumera las causales de divorcio y el art. 133 determina que la acción de divorcio sólo se ejerce por el marido, por la mujer o por ambos.

chacen una regulación jurídica de su situación, toda vez que esta atienda a las características propias de esta unión que es diferente del matrimonio. El sustento más claro de esta idea es la cantidad de parejas que, terminada la unión, buscan amparo en la ley y recurren a nuestros tribunales exigiendo una solución justa y acorde a derecho, de sus problemas. Al respecto en los fundamentos de Reforma del Código Civil y Comercial se ha dejado establecido que: “En la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el anteproyecto reconoce efectos jurídicos a las convivencias de pareja, pero de manera limitada. Mantiene, pues, diferencias entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) que se fundan en aceptar que, en respeto por el artículo 16 de la Constitución nacional, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia”.

Debemos admitir entonces que, las uniones convivenciales, entran dentro del concepto constitucional de familia y no pueden quedar al margen de una correcta regulación y protección, pues de lo contrario no sólo se estaría atentando contra el imperativo de protección de la familia del art. 14 bis sino también contra el principio fundamental de igualdad que cubre y da sentido a todo nuestro ordenamiento jurídico.

Con base en lo expuesto, estamos en condiciones de concluir que una correcta conjunción de los principios constitucionales con la libertad de las personas de elegir el modelo de familia que desean, implica necesariamente una regulación de las uniones convivenciales que sea capaz de poner bajo la tutela del derecho aquellas cuestiones o efectos que pueden ser objeto de conflicto, inequidad e indefensión por alguno de los miembros y de dejar un amplio margen de libertad, para que quienes hayan decidido no quedar bajo la tutela y efectos que produce el matrimonio puedan diseñar su proyecto de vida.

Los cambios de la realidad social, la progresiva aceptación y generalización de estas formas de vivir las relaciones afectivas y el diseño jurídico sustentado en el arquetipo de los derechos humanos imponen el deber ineludible de reescribir las instituciones de un derecho familiar inclusivo. Ello implica respetar el derecho a la vida familiar y ofrecer un esquema normativo que permita armonizar el derecho de cada uno para organizar su vida íntima y personal sin injerencias, con los principios emanados de la solidaridad y responsabilidad que nacen de la creación de todos los núcleos familiares, y cuya protección es una cuestión de orden público.

En esta sintonía, el nuevo Código Civil y Comercial asume el compromiso y ofrece una regulación equilibrada para esta forma de organización familiar de presencia creciente en nuestra comunidad, con amplio margen para la autonomía personal. Comprende lo indispensable para la tutela integral de los derechos humanos de los miembros de la pareja y la protección de los terceros, pero no más que lo estrictamente necesario, pues regular con rigurosidad y en detalle lo que las personas han decidido obviar al apartarse de las formas legales parece no sólo excesivo, sino hasta contraproducente. Por ello, se enrola dentro de la propuesta de un código pluralista que pretende dar respuesta a las demandas de la sociedad argentina, multicultural y diversa, creando un derecho para todos.

Volviendo a Dupuy, “Vivimos en un mundo en el que, por fuerza, hay que hacerles sitio a todos. No se puede huir de los otros, no existe otro lugar”³².

2.2.1. Efectos personales de las uniones convivenciales

El Código Civil y Comercial legisla solamente el deber de asistencia; estableciéndose en el art. 519 que “los convivientes se deben asistencia durante la convivencia”. El deber de asistencia abarca no solo la faz material, sino también la espiritual, se deben mutuamente asistencia, socorro, favor, ayuda, estar presente, es tan sólo exigible durante la unión convivencial, y se establece sobre la base de los principios de solidaridad y responsabilidad familiar. En consecuencia, se trata de un derecho básico, que escapa a la órbita de la autonomía de la voluntad.

2.2.2. Efectos patrimoniales de las uniones convivenciales

Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 518 armoniza en mayor medida con el bloque de constitucionalidad federal en cuanto permite un amplio ejercicio de la autonomía personal de los integrantes de la unión convivencial, quienes —a diferencia de los cónyuges— “podrán diseñar libremente” las cláusulas del pacto al que someterán sus relaciones patrimoniales internas y externas, tanto durante la vigencia como en caso de ruptura de la unión, previéndose que en caso de falta de pacto —a diferencia del matrimonio— los bienes se mantendrán en el patrimonio al que ingresaron, conservando los integrantes de la pareja amplia facultad de administración y disposición de los bienes de su titularidad, aplicándose los principios del derecho común (p. ej.: enriquecimiento sin causa, interposición de persona, entre otros); permitiéndose “mutar” las cláusulas del pacto durante la vigencia de la unión convivencial.

No obstante, lo expresado advertimos que en el Código Civil y Comercial de la Nación, el *principio de solidaridad familiar* funciona como *límite* al ejercicio de la autonomía entre los convivientes ya que prevé un conjunto de *reglas comunes imperativas* que se refieren al sostenimiento del hogar común (art. 520), protección de la vivienda familiar y de los muebles no registrables indispensables para la vida del hogar y de uso común de la familia (art. 522), responsabilidad solidaria por las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar común y educación de los hijos menores de edad o mayores con discapacidad o capacidad restringida, comunes o no comunes, que convivan con ellos (art. 521), previsión legal que a nuestro entender constituye un “piso mínimo de protección de derechos” que se alinea como medida de acción positiva del Estado argentino ya que en nuestra opinión el respeto por la autonomía de la voluntad debe estar

³² En Latinoamérica, la mayoría de los países regula sólo las uniones convivenciales heterosexuales y en ellas el derecho-deber alimentario entre los integrantes de la unión. Entre éstos podemos citar Bolivia, Ecuador, Brasil, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Cuba y Perú. Algunas de las legislaciones latinoamericanas, a su vez asimilan las uniones convivenciales al matrimonio, siempre que éstas reúnan ciertos requisitos establecidos en la ley que las reconoce y regula, esto ocurre en el Código de Familia de la República de Panamá, el Código Civil de Guatemala y el código de familia de Bolivia.

El Código Civil de Méjico determina que los concubinos se encuentran obligados a darse alimentos, siempre que hubieran convivido durante los últimos cinco años o hayan tenido descendencia en común, supeditando esta obligación a que ambos integrantes de la unión no tengan impedimento de ligamen.

en adecuado balance con la solidaridad y responsabilidad familiar, para lograr de ese modo una efectiva *protección integral* de “las familias”³³.

3. Conclusiones

A modo de síntesis destacamos las siguientes conclusiones:

a. El problema de la investigación

El objetivo de la investigación fue analizar puntualmente si el principio de la autonomía de la voluntad, entendido desde una mirada constitucional como “el derecho a la libertad de intimidad”, se encuentra plasmado en el Código Civil y Comercial de la Nación en las siguientes instituciones: a) acto jurídico matrimonial, sus efectos —personales, patrimoniales— y su disolución; y b) las uniones convivenciales.

b. El principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia

El derecho a la intimidad familiar queda expresamente legislado con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que expresamente prevén “que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o *en la de su familia* y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales intromisiones”.

La autonomía de voluntad implica en el ámbito del derecho de familia “poder de decisión”, “ejercicio de la libertad personal” la posibilidad de resolver sobre ciertos aspectos de la vida personal sin condicionamientos externos, de poder optar por una autorregulación propia.

No obstante destacamos que el derecho constitucional a organizar la vida íntima y personal (autonomía personal) debe analizarse conjuntamente con los otros principios constitucionales de solidaridad, igualdad efectiva, responsabilidad y protección del más débil que integran nuestro bloque de constitucionalidad, debiendo buscarse el equilibrio que permita una armonización entre la protección de la familia y las autonomías propias de cada uno de los integrantes.

b.1. Acto matrimonial

El acto matrimonial es *un hecho voluntario, lícito, susceptible de generar efectos jurídicos*. La celebración del matrimonio como acto jurídico familiar (matrimonio *in fieri*) es fruto de la libertad de los contrayentes plasmándose en el mismo el principio de autonomía de la voluntad, pero destacamos que el estado matrimonial que surge del acto jurígeno inicial (el matrimonio *in facto esse*) está sujeto a los caracteres comunes del estado de familia de orden público.

b.1.1. Efectos personales del matrimonio

Respeto los atributos de *capacidad* y *estado* prima el “orden público familiar”. En cuanto a los atributos del *domicilio* y *nombre*, la legislación si recepta

³³ De la misma manera se prevé en el Código de Familia de El Salvador, en el Código Civil paraguayo, en algunas leyes forales de España, en el Pacto Civil de Solidaridad de Francia, en la Ley de Cohabitación Legal de Bélgica, entre otros.

la aplicación del principio de autonomía de la voluntad, ya que ambos cónyuges pueden fijar de común acuerdo el lugar de *la residencia de la familia* y cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella.

La mutación del sistema axiológico del Código Civil y Comercial —supresión del divorcio sanción— impacta en el principio de la autonomía de la voluntad ya que trajo consigo una nueva regulación de los derechos deberes matrimoniales: a) deberes jurídicos: *asistencia y cooperación*, orden público b) deberes no jurídicos: *la fidelidad* y *la convivencia* que como deber ético avanza y amplía la actitud de decisión de los integrantes del matrimonio.

b.1.2. Efectos patrimoniales del matrimonio

El Código Civil y Comercial de la Nación, respeta la autonomía, intimidad y libertad personal, en tanto prevé un *sistema patrimonial matrimonial convencional no pleno*, en el cual se faculta a los cónyuges a “optar” entre los dos regímenes patrimoniales previstos: el de separación de bienes y el de comunidad, sin posibilidad de diseñar ninguna cláusula, permitiéndose además “mutar” entre esos dos regímenes durante la vigencia del matrimonio. Ante la falta de elección de los cónyuges, se impone como régimen supletorio el régimen de comunidad de ganancias. Asimismo, no existen restricciones para contratar entre los esposos.

b.1.3. Efectos divorcio vincular

El Código Civil y Comercial de la Nación, plasma un importante avance de la autonomía personal frente a disolución del vínculo, se elimina la necesidad de invocar una causal impuesta de manera imperativa por el Código (divorcio incausado), asimismo desaparece el requisito de los tres años para solicitar el divorcio, puede ser gestionado tanto en forma individual como en forma conjunta, y se incorpora una nueva institución “la compensación económica” bajo un parámetro de solidaridad familiar e igualdad y los efectos del divorcio no tendrán consecuencias de culpabilidad alguna.

b.2. Uniones convivenciales

El Código Civil y Comercial asume el compromiso y ofrece una regulación equilibrada para esta forma de organización familiar con amplio margen para la autonomía personal. Comprende lo indispensable para la tutela integral de los derechos humanos de los miembros de la pareja y la protección de los terceros con los principios emanados de la solidaridad y responsabilidad que nacen de la creación de todos los núcleos familiares, y cuya protección es una cuestión de orden público.

b.2.1. Efectos personales de las uniones convivenciales

El Código Civil y Comercial legisla solamente el deber de asistencia abarca no sólo la faz material, sino también la espiritual, se deben mutuamente asistencia, socorro, favor, ayuda, estar presente, es tan sólo exigible durante la unión convivencial y se establece sobre la base de los principios de solidaridad y responsabilidad familiar.

b.2.2. Efectos patrimoniales de las uniones convivenciales

El Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 518 armoniza en mayor medida con el bloque de constitucionalidad federal en cuanto permite un amplio ejercicio de la autonomía personal de los integrantes de la unión convivencial, quienes “podrán diseñar libremente” las cláusulas del pacto al que someterán sus relaciones patrimoniales internas y externas, tanto durante la vigencia como en caso de ruptura de la unión.

No obstante, lo expresado advertimos que en el Código Civil y Comercial de la Nación, el principio de solidaridad familiar funciona como límite al ejercicio de la autonomía entre los convivientes ya que prevé un conjunto de *reglas comunes imperativas*.

c. Conclusión final

Consideramos que la legislación vigente observa el mandato constitucional de “el derecho a la libertad de intimidad”, que en el derecho de familia implica “poder de decisión”, “ejercicio de la libertad personal” sin generar violaciones o arbitrariedades, asegurando a las personas en las relaciones de familia conyugales y convivenciales el plena ejercicio del derecho a la libertad de intimidad.

Analizar el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones de familia conyugales y convivenciales, nos induce a repensar este principio en otras instituciones como filiación y responsabilidad parental e indagar la operatividad del principio de autonomía de la voluntad en las relaciones entre padres e hijos.



SECCIÓN IV
FILOSOFÍA - SOCIOLOGÍA

UN ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE POLÍTICA Y RESPONSABILIDAD EN RONALD DWORKIN*

Ernesto Abril**

Resumen: Mediante el presente trabajo propongo realizar un breve análisis crítico de la concepción política expuesta por Ronald Dworkin. Con el mismo propósito, pondré interés en su visión respecto de las relaciones entre responsabilidad ética y moral y de qué modo, tal distinción afecta su visión de la política. Especificaré mis críticas o comentarios a fin de presentar mis objeciones a las tesis de Ronald Dworkin sobre el tema propuesto y sus particularidades vinculadas a su concepto de obligación política y los conceptos interpretativos del principio de igualdad; de libertad; de la democracia y el control de constitucional.

Palabras claves: análisis crítico - política - relaciones entre responsabilidad ética y moral - conceptos argumentativos: principios de libertad e igualdad - democracia - control de constitucionalidad.

1. Introducción

Durante el desarrollo de este trabajo realizaré un breve análisis crítico de la forma en que Ronald Dworkin entiende la política y la vincula con dos tipos de responsabilidad ética y moral en su libro *Justicia para Erizos* y la quinta parte de ese texto, titulada "Política"¹. Del mismo modo, prestaré especial interés al modo en que establece relaciones entre responsabilidad ética y moral, que afecta su concepción individualista e interpretativista de la política. Para ello, mostraré a grandes rasgos las opiniones de Dworkin sobre el tema propuesto y expondré, en el mismo orden del desarrollo de su obra, mis discrepancias o comentarios respecto de muchas de sus conclusiones.

2. Sobre el concepto de obligación política

El concepto de obligación política constituye una parte relevante de este nuevo y extenso capítulo que, especialmente, hace referencia a las relaciones entre sujetos que pertenecen a una misma comunidad. De modo que, según Dworkin, es posible destacar la transformación que se produce en su concepción de la política cuando se pasa de lo personal a lo político. Ello ocurre por la circunstancia de que los ciudadanos se eximen de este tipo de obligaciones que pasan a tener que ser respetadas por una entidad que caracteriza como un colectivo artificial y separado (el Estado). En suma, para Dworkin las comunidades políticas sólo constituyen reuniones de individuos pero con la diferencia de

* Recibido 05/05/2016 ~ Aprobado 19/09/2016.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Investigador Categoría I CONEAU. Profesor Titular por concurso de Introducción al Derecho. Exdirector, hasta fines de 2012, de la Carrera "Maestría en Derecho y Argumentación", Secretaría de Posgrado, Facultad de Derecho (UNC).

¹ DWORKIN, RONALD, *Justicia para Erizos*, Quinta Parte: "Política", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014, pp. 399-484.

que algunos de ellos integran este colectivo artificial y separado y de ese modo, detentan competencia para desempeñar determinados roles en tanto poseen determinados poderes que los facultan para actuar, por sí mismos o en conjunto, en nombre de la comunidad. Por ello, afirma que existe una diversidad respecto a los valores que se vinculan especialmente con la moral política. Al respecto, se debe tener presente que en la tercera parte del primer capítulo de su libro, Dworkin proporciona una importante distinción entre respuesta a la pregunta sobre la forma en que la *ética*, es decir, aquella que prescribe el modo en que individualmente debemos vivir y su diversidad con relación a la *moral* que establecen estándares respecto del modo en que debemos tratar a otros². Y dado que la moral y la ética —conforme a Dworkin— se integran entre sí por conceptos interpretativos³, resulta necesario destacar algún estándar ético —o alguna concepción de lo que significa vivir bien— que constituya una guía a la hora de interpretar los conceptos morales. Por el contrario y en relación a esta última, se trata de adoptar metas personales que deben ajustarse a nuestra percepción de obligaciones, deberes y responsabilidades para con los demás. Es decir que le resulta necesario determinar una regla que logre justificar la responsabilidad ética de vivir bien o de otro modo, aquellas que se generan al adoptar un plan de vida que no sólo la haga placentera sino buena —con un sentido crítico— que proviene de la circunstancia de ser seres autoconscientes. De ese modo, estima que es posible distinguir “vivir bien” de gozar de “una buena vida” dado que, en el primer caso, nos relacionamos con un valor de ejecución en cada una de las decisiones que acogemos a lo largo de nuestra vida.

De esta forma, Dworkin se interroga sobre la forma en que se relacionaría la moral con la responsabilidad de “vivir bien”. Así, en su opinión, el contenido de la moral se establece, al menos en parte, por responsabilidades éticas que nos permiten distinguir aspectos del “vivir bien” que, en sí mismos, carecen de relación con nuestros deberes para con otros pero, sin embargo, poseen capacidad para afectar y ser afectados por ellos. Estas dos ideas subyacen a los principios de auto respeto y la autenticidad que, en conjunto, conforman una concepción de la dignidad. En contraste, la moral política comprende lo que todos deben a los demás al participar y actuar dentro de esa persona colectiva artificial que actúa en su nombre⁴.

² DWORKIN, RONALD, ob. cit., 2014, pp. 239-367.

³ DWORKIN, RONALD, *Law's Empire*, Capítulo segundo “Interpretive Concepts”, The Belknap Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, pp.45-86, donde el sentido de los conceptos interpretativos, alude a términos genéricos y abstractos como igualdad, libertad, democracia, entre otros. Respecto de estos conceptos interpretativos, Dworkin especifica que en su interpretación se presenta una primera etapa que denomina “pre interpretativa”, por ser relativa a un hábito (como acto no intelectual) de usarlos con un compartido y común significado. En la segunda etapa, que califica como “interpretativa propiamente dicha” se presentan diversas objeciones al hábito de usar sin crítica una compartida significación de tales conceptos. Del resultado positivo o negativo de las objeciones respecto del mencionado hábito, se presenta una tercera etapa que denomina “post interpretativa”, donde los argumentos que se presentan para su cambio de sentido puede volverse al significado de la primera etapa o bien, cambiar su sentido.

⁴ Esto parece guardar cierta equivalencia con proposiciones éticas de primer orden que determinan si una acción particular es buena o mala o si lo son de cierto tipo. También podrían comprender juicios de segundo orden que establecen lo que sucede cuando alguien formula una proposición de primer orden y, en particular, cuando expresa un descubrimiento o toma una decisión. De igual modo, puede informarnos sobre cómo pensamos o razonamos sobre cuestiones morales o proponer un punto de vista respecto al significado de términos éticos (ver: MACKIE, J. L., *Ética - La invención de lo buenos y lo malo*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, pp.17-53).

De modo que en el ámbito de la ética personal se usa un concepto de responsabilidad que se relaciona con aquello que debemos hacer por nuestro propio bien o el de los otros, sin que sea necesario analizar la idea de derecho, es decir, de todo aquello que las personas se encuentran autorizadas a tener. Pero al abordar cuestiones de moral política, los derechos proporcionan un mejor punto de vista para considerar deberes u obligaciones, es decir, lo que todos los individuos detentan como derechos políticos y algunos de ellos están comprendidos por deberes colectivos de la comunidad en su conjunto y de ningún modo con cada uno de los que la integran. En forma más específica, Dworkin afirma que determinados intereses individuales son tan importantes que imponen un especial resguardo, aun para el caso de decisiones políticas que permitan mejorar la situación del conjunto de la comunidad⁵. Por eso, su propuesta es caracterizar los derechos políticos como cartas de triunfo, es decir, que pone el acento en la moral política e ignora cuestiones más amplias, como aquellas que aluden a buenas razones de la comunidad sobre cómo se debe ejercer el poder coactivo que ella detenta. En suma, se trata de describir un sistema político dentro del cual los miembros de la comunidad se auto gobiernan y se reconocen como socios de pleno derecho⁶. Ello se funda en la idea de que el Estado debe tratar a los individuos con igual consideración y respeto, es decir, lo que designa como *principio de dignidad humana* y del cual derivan dos sub-principios, el primero caracteriza como *principio de igual consideración* —conforme al cual cada vida humana posee un valor intrínseco que corresponde defender y proteger—; el segundo denomina *principio de responsabilidad* y establece que cada ser humano puede elegir por sí mismo la forma en que debe realizar su propia vida⁷.

A su vez, al comparar los derechos políticos con los legales Dworkin destaca estar ante un problema más difícil de delinear por la Teoría del Derecho. Sin embargo, para ejemplificar estima que el paradigma de los últimos que promulga la legislatura de un gobierno legítimo y se cumplen ante el pedido de ciudadanos particulares, por medio de decisiones que, de resultar relevantes y se impondrán mediante una institución adjudicativa como es el caso de un tribunal. Sin embargo, para ejemplificar estima que los derechos sociales son aquellos que promulga la legislatura de un gobierno legítimo y se cumplen ante el pedido de los ciudadanos particulares, por medio de decisiones que, al resultar relevantes, se impondrán mediante una institución adjudicativa como es el caso de un Tribunal. Sin embargo, un derecho legal puede estar destinado a hacer efectivo un derecho político preexistente tal como una ley que prohíba que las escuelas públicas excluyan el ingreso de algunos alumnos por pertenecer a una determinada raza, religión, etc. Hay comunidades que asignan una jerarquía especial a ciertos derechos legales al punto que los convierte en derechos constitucionales, con el fin de establecer procesos legislativos especiales (referéndum) cuando pretenden derogarlos. Sin perjuicio de ello, Dworkin estima que ninguna Nación puede convertir todos los derechos políticos en derechos constitucionales y ni siquiera, en derechos legales ordinarios.

⁵ Vid: DWORKIN, RONALD, ob. cit., 2014, pp. 400-403.

⁶ Ver: FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. II, Ed. Trotta, Madrid, 2011, pp. 9-11.

⁷ DWORKIN, R., *Justice in robes*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2006, pp. 24 y ss., y *Justicia para Erizos*, FCE, Buenos Aires, 2014, pp. 330 y ss.

Por ese motivo, aborda el concepto de derechos humanos e intenta usarlo de modo que concuerde con el sentido enérgico de un derecho político, es decir, mostrarlo también como una carta de triunfo. Su interrogante apunta a distinguir derechos humanos de otros derechos políticos que funcionan de modo similar. A Dworkin le parece lógico que no todos los derechos políticos pueden constituir derechos humanos porque para ello sería necesario cumplir con determinado estándar aún cuando no se exija proporcionar pautas específicas para quienes deben cumplirlos. A pesar de ello, sostiene que la clasificación no puede ser arbitraria y debe adecuarse a esa práctica específica. Por tanto, es necesario un estudio que no predisponga sobre si los derechos específicos y reconocidos por ella, forzosamente merezcan ser considerados como humanos. Con ese objetivo, cita a quienes estiman que los derechos humanos son los que no sólo triunfan sobre objetivos nacionales sino también, frente a una soberanía nacional específica. Es una doctrina que instituye que una nación o grupo de naciones, carece del derecho de interferir en asuntos internos de otra. Por todo ello, Dworkin pretende decidir la cuestión con otros fundamentos para precisar cuáles son esos derechos humanos que justifican ese tipo de sanciones o bien, establecer si existen excepciones. De esta forma, respecto de la autoridad que tiene competencia para decidir sobre este tipo de cuestiones, piensa el autor que tal potestad correspondería al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A su vez, a los efectos antes de llevar a cabo actos coactivos de cualquier naturaleza contra gobiernos que incurren en graves violaciones de este tipo de derechos, considera elemental autorizar cierta espera razonable de tiempo para llevarlas a cabo y ponderar que las mismas sean más beneficiosa que perjudicial para quienes integran la comunidad.

Asimismo, Dworkin asevera que la lista de este tipo de derechos puede comprender cuestiones relativas a educación, vivienda, atención médica, matrimonio, compensación apropiada por el trabajo, igual paga por idéntico trabajo; presunción de inocencia en juicios penales y prohibición de aplicar la pena capital, entre otros. Considera que esa lista resulta demasiado extensa y si se pretende favorecer su vigencia, se deberían incluir sólo derechos cuya violación, sin duda, constituya un acto de genuina barbarie y que el resto, formará parte de otra categoría. O de otro modo, que este tipo de juicios se deben fundar en algo que no sea relativo; su juicio sobre las condiciones de la dignidad humana y las amenazas que ese poder coactivo representa para ésta⁸.

Señala que otros expositores no se concentran en la fuerza de los derechos humanos para autorizar sanciones y quieren determinarlos conforme a un contenido sustantivo, mediante fórmulas que se muestran elusivas, ante la dificultad evidente con que se encuentran al plantear una distinción de esa naturaleza que considera a todos los derechos políticos como particularmente importantes. De este modo, entiende Dworkin que todo intento académico de formular una definición de nivel más fundamental y rigurosamente necesario se muestran arbitrarios⁹. De esa forma, subraya que será difícil sino imposible cualquier tentativa académica por definirlos y no soslaya que todo pueda con-

⁸ Vid: DWORKIN, RONALD, ob. cit., 2014, pp. 410-413.

⁹ DWORKIN, RONALD, ob. cit., 2014, pp. 406 y 408, alude en especial a RAWLS, JOHN, *La teoría de la justicia*, FCE, México, 1979, pp.115 y 334, así como a NOZICK, ROBERT, *Anarquía, Estado y utopía*, FCE, Buenos Aires, 1988, pp. 93-95.

cluidas en arbitrariedades. Sugiere por ello, que debería existir otra estrategia que concuerde con la distinción que presentó al tratar la cuestión de la legitimidad o sea de aquel derecho que —en su carácter más abstracto, como el derecho a una actitud— se estima como un derecho humano fundamental, que sólo se satisface cuando la conducta genera del gobierno defiende, conforme a una concepción inteligible, aunque no sea del todo convincente que requieren los dos principios de la dignidad¹⁰. Aprecia que es una distinción de gran importancia teórico-práctica relacionada con el error o el desprecio, cuestión que también considera interpretativa y no se pueden satisfacer sólo mediante un pronunciamiento de buena fe. Insiste en que ello sólo es posible cuando el comportamiento general de un gobierno se aprecie conforme a una concepción profunda de lo que exigen los principios de la dignidad. Para ello, se deberían definir como derechos humanos aquellas instrucciones dirigidas a ciertas áreas sensibles en las que, las prácticas de determinada nación, revelen una actitud inaceptable de vulnerar un derecho humano básico. En suma, que todo sugiere cuestiones interpretativas por ser juicios, sensibles a condiciones económicas, perfiles históricos, políticos y culturales disímiles¹¹. También se tendrá que tener presente que esas diferencias son factores de influencia directa para determinar cuál de las interpretaciones disponibles es, todas las cosas consideradas, la más precisa. De modo que si creemos en los derechos humanos será indispensable adoptar una posición fundamentada que haga posible su correcta justificación. En definitiva, que nuestro juicio tiene que apoyarse en las condiciones que requieren la dignidad humana y las eventuales amenazas que el poder coactivo representa para ellas.

Otra de las cuestiones que Dworkin estima significativas se relacionan con la tolerancia religiosa y la pretensión de incluir entre los derechos humanos básicos, determinada religión o establecer como obligatoria determinadas doctrinas y prácticas religiosas. Alega al respecto que, en este tema, todo retorna a la antigua desviación de afirmar que los derechos humanos siempre tienen un origen religioso o derivan de derechos naturales. Contra ello, mantiene que ninguna autoridad divina puede fundamentar estos derechos como básicos y para llegar a esta conclusión no se puede fundamentar en la defensa de posturas ateas ni en ningún tipo de escepticismo. Suponer que dios es un creador todopoderoso, no significa sostener ni negar que sea bueno y tampoco, que todo lo que él disponga, sea una obligación moral. De esta forma, Dworkin sigue a Hume para concluir que los atributos morales no se deducen desde una supuesta omnipotencia u omnisciencia de dios, en tanto, de un “deber” no puede derivar que algo “es”. Y del mismo modo, respecto de las autoridades humanas, ellas serán legítimas siempre que cumplan con los principios procesales y del mismo modo, aquellos sustantivos que indica y justifican esa elevada calificación. Que a su vez, siempre que se actué conforme a principios fundamentales de la moral política, cualquier institución legislativa no podrá afectarlos y carecerá también de autoridad, aun cuando pueda generar nuevas obligaciones morales, siempre que su tarea legislativa desplegada dentro de la competencia asignada. Por tanto, la pregunta sobre cuál puede ser el principio más básico, Dworkin tiene una respuesta negativa porque, según sostiene, respecto del valor nada puede calificarse de verdadero.

¹⁰ Vid: DWORKIN, RONALD, ob. cit., 2014, pp. 409-413.

¹¹ Tal como quedó explicado en nota a pie de página 3 del presente.

Que sólo quien gobierna es autoridad legítima si trata a quienes están bajo su potestad, con igual consideración y respeto, es decir, que quienes estén bajo su gobierno —individualmente considerados— puedan ser responsables de su propia existencia.

3. Dos conceptos fundamentales

Dworkin destaca, de manera reiterada en su libro, que sólo subraya la existencia de dos principios vinculados a la dignidad, a saber: la igualdad y la libertad. También respecto de ambos les asigna ser conceptos interpretativos y que por ello, se imponen no sólo respecto de la política sino, además, a su propia filosofía. Reconoce que el concepto de libertad tiene una versión negativa y otra positiva, conforme a la cual —como se verá más adelante— también el concepto de democracia integra esta parte de su estudio. Así, respecto a la libertad sostiene que es inútil sostener que ella constituye un valor fundamental si al mismo tiempo no explicamos aquello que la hace más relevante que otro valor. Del mismo modo, sólo podremos proporcionar una correcta explicación de ella, si suponemos que cierto bien al que damos ese nombre se encuentre más comprometido si es cuestionado. Asimismo, le parece imposible sustentar que cualquier restricción de la libertad constituya un tipo especial de daño que afecte la dignidad. A su vez, encuadrar el concepto de igualdad relacionado con determinado criterio que se considere como negativo al hacerlo de esa manera la igualdad pasa a significar que todo el mundo debe tener la misma riqueza a lo largo de toda la vida. Para abordar esta cuestión, Dworkin critica la llamada concepción de justicia distributiva de Rawls y en especial, cuando refiere al “principio de la diferencia” que, según entiende, exigiría que cualquier desviación en una distribución desigual de bienes primarios, sólo será aceptable si al interior de la comunidad, se mejora la situación del grupo más desaventajado en la distribución de bienes básicos escasos. Así, refiere a la postura de quienes como R. George White¹² también objetan este principio distributivo por insuficiente y de otros que lo piensan como un principio excesivamente igualitarista al privilegiar sólo al grupo desaventajado y postulan que es mejor si otorga una prioridad menos rígida respecto de los pobres. Al mismo tiempo, un tercer grupo rechaza esta posición —de apariencia moderada— y señalan que se trata de una meta degradante. Que una comunidad política debe depositar su esfuerzo sólo en defensa de la libertad o bien, patrocinar la conocida “teoría del derrame” o bien, sostener que los pobres deben velar por sí mismo. La discusión sobre la igualdad en la esfera política, es decir, acerca de la democracia, presenta idénticas críticas. Quienes se dedican a las ciencias sociales describen “democracia” —que, conforme sostienen, es neutral— o sea acorde a un gobierno que responde a la voluntad de la mayoría y lo expresa por medio de frecuentes elecciones mediante un sufragio sin restricciones, precedido de un debate político que se concreta con libertad de expresión y de prensa. Sostiene que idénticas controversias se originan cuando abogados y políticos deliberan sobre si tiene justificación la práctica del control constitucional vigente en los EE.UU. A Dworkin le preocupa que al sustentar estas ideas sólo deriven en idénticos dilemas respecto a si resulta valiosa la democracia cuando

¹² Vid: WHITE, R. GEORGE, “The High Cost of Rawls’s Inegalitarianism”, disponible en línea www.jstor.org/stable/448214.

se la comprende como gobierno de la mayoría. A ese respecto, estima que no lo es y le resulta pertinente afirmar que las personas que se embarcan en una empresa conjunta y discrepan sobre lo que deben hacer, llegan generalmente a la conclusión que la única solución es contar los votos de los electores. De esta forma, Dworkin concluye que debe rechazarse por defecto como principio que pueda garantizar un juego limpio. Considera que se trata de un enfoque reduccionista que únicamente favorece a aquellos que ya tienen propuesta al respecto, como sucede con el utilitarismo. Por tanto, en su opinión, la cuestión se debe vincular con la necesidad de elaborar concepciones de igualdad, libertad y democracia que se sustenten mutuamente.

Sobre el principio de igualdad

Respecto de este principio, Dworkin solicita que las teorías de la justicia requieran una reforma radical que explique las causas que inducen a la distancia existente entre personas con posición aventajada (minoría) respecto de las más vulnerables dentro de la comunidad (mayoría). Piensa que, de esa forma la reforma será difícil de lograr porque verifica que esa brecha entre pobres y ricos resulta cada día más grande no sólo en EE.UU.¹³ Por eso, sostiene que dentro de la práctica efectiva las teorías sólo proponen soluciones ineptas que carecen de aptitud para resolver esa cuestión. Que, a su vez, también presta atención a la existencia de otra gran distancia entre teoría y práctica política para permitir concluir con los conflictos originados por diversidad racial o étnica y además, destaca un notorio incremento de la reticencia de aquellos que pueden cooperar en la superación de este problema pero no lo hacen. Afirma que las teorías de justicia distributiva son artificiales al fundarse en antiguas ideas del contrato o del seguro que nunca lograron establecerse¹⁴. Por tanto, aprecia que todo lleva a la necesidad de concretar un estudio meduloso del principio de igualdad de consideración y respeto. Para ello, indica pasos indispensables que corresponden realizar en la dirección que estima correcta. En este punto, alude al desacuerdo de Amartya Sen respecto de la justicia —tal como la concibe Rawls— es decir, la que él mismo cuestiona, en tanto sólo propiciaría la perfección sin preocuparse

¹³ Según el Informe de Desarrollo Humano 2014 del Programa de Naciones Unidas (PNUD), uno de cada cinco habitantes del mundo vive en situación de pobreza o pobreza extrema. Es decir, 1500 millones de personas no tienen acceso a saneamiento, agua potable, electricidad, educación básica o al sistema de salud y soportan excesivas carencias económicas que resultan incompatibles con una vida digna. A su vez, la visión optimista de la eliminación de la pobreza, es rechazada en el país que es epicentro del desarrollo y la influencia económica (EE.UU.). Son muchos los que poseen “*La creencia dominante consistente en que, aunque algunas personas necesitadas puedan haber contribuido a su situación al tomar decisiones que incrementaron su probabilidad de estar desempleados o sin hogar, la vulnerabilidad de la pobreza deriva de complejos factores institucionales que dejan atrás a demasiadas personas*” (Cf. CLARK, ROBERT F., *The War on Poverty: History, Selected Programs, and Ongoing Impacts*, Lanham, MD, University Press of America, 2002).

¹⁴ En esto, es notoria la influencia que afecta a Dworkin vinculada con las conocidas teorías de Charles Murray y Lawrence M. Mead es notoria la influencia ejercida por Charles Murray y Lawrence M. Mead en la propuesta de Dworkin. Conforme a Young: “...*el discurso de responsabilidad personal se centra solamente en la responsabilidad de los pobres. Presupone de forma implícita que el resto de las personas cumplen apropiadamente con sus responsabilidades y que, en concreto, los pobres toman caminos equivocados que obligan injustificamente a otros a incurrir en gastos... Dworkin y sus críticos analizan la responsabilidad personal de los individuos relativamente desfavorecidos... tampoco plantea un examen minucioso de la responsabilidad personal de los individuos hacia las condiciones de vida de otros, ni tampoco hacia sus propias vidas*” (ver: YOUNG, IRIS MARION, *Responsabilidad por la justicia*, Fundación Paideia Galiza y Ediciones Morata, S.L., La Coruña y Madrid, 2011, pp. 28-29).

de juicios comparativos entre órdenes políticos reales¹⁵. Afirma que es legítimo que los gobiernos usen coactividad siempre que muestren igual consideración respecto al destino de todos sus ciudadanos y además, respete la responsabilidad que cada uno de ellos tiene en el diseño de su propio plan de vida¹⁶. Piensa que corresponde una explicación de las dos exigencias básicas, o sea, de la igualdad y la libertad, de forma que no se generen conflictos interpretativos entre ellas y por el contrario, se los exponga como complementarios. El argumento de la teoría de “*dejar hacer, dejar pasar*” respecto a la libertad de proyectar sin restricciones nuestras vidas, supone que es posible la neutralidad del gobierno respecto de los resultados de la economía y además, que no necesita tener en cuenta variables económicas personales sobre reales recursos y oportunidades que, a su vez, dependen de aquellas político-legales de cada comunidad. Dworkin mantiene ahora que este tipo de fundamento político económico es débil al sostener que los gobiernos deben ser neutrales respecto a la forma de distribución de los bienes básicos. Asevera que para ello, existe otro camino en la defensa de lo que expone, es decir, asumir que el gobierno tiene que identificar y luego recompensar la aptitud productiva a fin de que, en general, la comunidad prospere¹⁷.

Señala que existe una forma del utilitarismo que exige al gobierno tratar a las personas con igualdad en orden al logro de su felicidad, bienestar, éxito y elección de políticas que incrementen el placer y alejen del dolor a la mayoría de sus ciudadanos. Dworkin reconoce el predominio de esta teoría en orden a la práctica política pero, sin embargo, asegura que tener igual consideración y respecto por una cantidad de personas, no es idéntico a tenerlo con cada una ellas. A su vez, sustenta que entender la cuestión de este modo favorece políticas de respeto hacia la responsabilidad de cada ciudadano por su propia vida, pero luego concluyen soslayando proporcionar respuesta sobre lo que significa tratar a la gente con igual consideración. Que esto sucede porque sólo igualan a la gente en términos de beneficios sociales, conforme a concepciones de lo que cuenta para su bienestar, oportunidades y capacidades. Sin embargo, en todas ellas se observa un disenso sobre el significado de felicidad y además, sobre lo necesario para concretar una vida exitosa.

Al interrogarse sobre si existe conflicto entre libertad e igualdad, Dworkin responde en forma negativa por su idea de que aquello que genera el conflicto entre ambos ideales es resultado de interpretaciones que considera improcedentes. Así, por ejemplo, si consideramos que la libertad es “*aquella que permite que cada cual haga lo que quiera sin que se lo restrinja*” y a su vez, conceptualizamos

¹⁵ Cf. SEN, AMARTYA, *La Idea de la Justicia*, Taurus, Madrid, 2010, incluido en “La igualdad de Recursos en Dworkin” (pp. 294-298), donde objeta correctamente estas ideas de Dworkin en tanto: “*No podemos claudicar como si fuera posible desconectar el razonamiento público interactivo a partir de la prometida virtud de la elección institucional definitiva bajada en el mercado. La función social de las instituciones incluidas las de carácter imaginario, es mucho más compleja*”.

¹⁶ Vid: DWORKIN, RONALD, ob. cit., 2014, pp. 432-433.

¹⁷ Considero relevante señalar que tratar a todos como iguales tiene en Dworkin dos versiones diversas sobre la neutralidad del gobierno respecto de la distribución de recursos. En la primera, sostuvo que ella debía hacerse con neutralidad por el gobierno respecto a concepciones del bien de los ciudadanos. Conforme a ella, los ciudadanos difieren sobre qué es una buena vida y el gobierno no los trataría como iguales si muestra preferencia por alguna de ellas. En la segunda —su actual versión— exige que el gobierno deje de ser neutral y asuma una concepción del bien porque, de otro modo, no podría tratar a sus ciudadanos como iguales al carecer de una teoría de lo que debieran ser. Es decir, que ahora el contenido de la postulación señalada en primer término, difiere sustancialmente respecto de esta última.

la igualdad en el sentido de “*dar a todos lo mismo*”, en forma inevitable aparecerá el conflicto al ser ambos sentidos incompatibles. Por tanto, nuevamente su pretensión es lograr interpretaciones que concuerden con los valores políticos que efectivamente representan. Esto así, porque ninguna interpretación política aceptable de la libertad puede disponer que los ciudadanos puedan realizar todo aquello que quieran, sin restricción de ningún tipo, salvo que en su ejercicio no se afecte a terceros. De igual modo sucede cuando la igualdad se relaciona con una distribución idéntica de los recursos porque se carece de meritos que correspondan ponderar para ello. Por ello, expresa que finalmente los dos principios fundamentales, a saber:

i) El principio de igual valor que dispone respecto de una vida, que siempre resultará preferible que ella prospere en lugar de fracasar;

ii) El principio de responsabilidad especial al establecer que cada persona es responsable de elegir la forma de llevar su propia vida y además, que su entorno social debe guardar el respeto que merece tal elección.

De allí que si se logra el respeto de ambos principios, los conceptos de libertad e igualdad no originan conflictos que se vinculen con los ideales políticos del individualismo ético que él defiende. Por ello, reitera que la necesidad de una definición de igualdad que no comprometa a las personas con fines colectivos de bienestar. Siendo la otra opción, sea buscar la igualdad de recursos siempre que la misma sea sensible al merecimiento individual, caso contrario, si no se respeta esa regla se producirá injusticia por eludir que al hacer elecciones, las personas asumen compromisos con determinados estilos de vida que pueden resultar más o menos convenientes y con ello, ocasionar según el caso que los ingresos puedan ser mayores o menores. Por ello, la definición de igualdad no puede soslayar esas consecuencias porque dejaría de prosperar al suponer que cualquiera sea la forma de distribución de los recursos, siempre se obtendrá el mismo resultado. Por ello, Dworkin afirma que una distribución igual de recursos sólo será aquella en la que nadie pueda envidiar los recursos que los otros obtengan. En esta situación la envidia constituye para él, un fenómeno económico y no psicológico¹⁸. Para ejemplificar al respecto, recurre a una hipotética historia en la que, luego de un naufragio, los sujetos de una embarcación llegan a una isla que dispone de suficientes y diversos recursos, lo que a su entender haría posible superar lo que denomina “test de la envidia” por medio del cual todos ellos participarán efectivamente en una subasta de los recursos de la isla¹⁹. Para ello, cada uno de los

¹⁸ Respecto de esta conclusión, concuerdo con la crítica formulada por Iris Marion Young cuando sostiene: “...la demanda del mercado para las actitudes de una persona y lo que produce es una circunstancia que condiciona la vida de esa persona y que está más allá de su control, por lo general no es una cuestión de pura suerte —conforme así lo estima Dworkin—. Las relaciones de mercado están constituidas por tradiciones culturales y modas cambiantes que influyen en las preferencias, por las relaciones institucionalizadas de poder que capacitan a algunas personas a tener mayor dominio sobre los recursos que otras personas, y por otras misiones y normas institucionales. Los incentivos del mercado y la suma total de las consecuencias de las relaciones de mercado a su vez condicionan estas relaciones e instituciones. Aunque la teoría de Dworkin intenta operar en un estrecho marco metódico de suposiciones individualistas sobre cómo funciona la sociedad, sólo lo hace al ignorar la existencia de otros procesos estructurales sociales que condicionan la situación de una persona y que no se pueden desechar como una simple cuestión de mala suerte” (Cf. YOUNG, IRIS MARIÓN, ob. cit., 2011, p. 55).

¹⁹ Al respecto comparto la tesis de Bernard Williams: “El estudio de una comunidad ficticia en el relato del estado de Naturaleza develará ciertas ideas funcionales implícitas en su uso del lenguaje para actividades humanas básicas. Desde luego, cualquier sociedad real tendría además, un mayor número de prácticas culturales, más determinadas y, sin duda, localmente peculiares. El modelo no dice

sobrevivientes debería poseer al comienzo (*ex-ante*) la misma cantidad de cien (100) valvas de almeja que se usaran para pujar en una subasta. Durante el desarrollo de ella todo deberá repetirse hasta que ninguno de ellos pretenda su continuación y en ese momento, Dworkin supone que se superaría el indicado test porque nadie querrá poseer aquello que el otro tiene. De otro modo tendría que haber pujado por ese recurso y no por el que, en definitiva, terminó adquiriendo. Como consecuencia, al concluir la hipotética subasta, las personas podrán libremente comenzar a realizar transacciones (*ex post*). Y aun cuando posean distintos bienes, la riqueza de cada uno siempre será igual. Pese a ello, Dworkin no ignora que el “test de la envidia” no se superará totalmente y ello, hace necesario prever para compensar las desventajas naturales que existen durante el proceso de subasta. Esto es así, porque incluso si los recursos impersonales son idénticos para todos, del mismo modo no se incluirán en el conjunto total de ellos todas aquellas circunstancias de diferencias en las capacidades, tales como el talento y la salud. Conforme a ello, todo conduce a Dworkin a proponer una estrategia compensatoria para reparar esas desigualdades naturales y para ello, estima que al tiempo de realizar la subasta aquellos que intervienen, tendrán que pactar el pago de un seguro compensatorio, que describe del siguiente modo y cito:

“En las situaciones reales podemos plantear un sistema de impuestos y redistribución, ya sea en forma de recursos monetarios, en oportunidades de empleo o en recursos del tipo de atención médica, que tenga como modelo ese hipotético mercado de seguros”²⁰.

Dworkin no desconoce que tal mecanismo compensatorio no alcanzará en forma completa su objetivo, es decir, que no pueda superar totalmente los problemas del “test de la envidia”. Pero, sin perjuicio de ello, sostiene como posible que se obtenga una compensación de lo que considera como “*lo segundo-mejor*” y es ella, lo máximo a que se puede aspirar porque, de cualquier modo y cualquiera sean las acciones que realicemos, jamás será posible compensar totalmente las desigualdades naturales. Esta forma de ver esa distribución como la más favorable frente a la envidia, hace posible suponer que ello sucedería porque todos serían tratados con idéntica consideración. Pese a ello, más adelante, asevera que el mercado no constituye un enemigo de la igualdad sino un elemento fundamental para generar una legítima igualdad. Tal conclusión, vertida en defensa de su propuesta, es consecuencia de entender que “*Una economía igualitaria es, en lo fundamental, una economía capitalista*”²¹.

en qué consisten, sino que se trata de una abstracción expresa. No es sólo que no serían humanos si no tuvieran más de lo que se presenta en este relato; más allá de cierto punto, no podrían hacer lo que hacen en el relato a menos que hubiera algo más en su vida de lo que el relato mismo deja ver...el Estado de Naturaleza esta concebido para sacar a la luz, de manera abstracta, elementos funcionales en la explicación de la veracidad; que toda sociedad no sólo requiere que existan disposiciones de esta clase, sino que también requiere que tengan un valor que no sea puramente funcional...esencialmente acumulativo...Sus primeras abstracciones, son demasiado abstractas, y hay que agregarles mucho” (BERNARD WILLIAMS, *Verdad y veracidad Una aproximación genealógica*, Tusquets Editores, Barcelona, 2006, p. 51. El destacado en negrita me pertenece). Tal cual, es ridícula la situación hipotética que propone, no se entiende por qué utiliza estas clases de argumentos que no convencen a nadie y además, presentan un nulo estatuto epistemológico, es decir, al partir de abstracciones, no tienen ningún poder explicativo y ni siquiera de capacidad literaria que, en todo caso, es lo que podría salvar esta hipotética situación de los naufragos.

²⁰ Cf.: DWORKIN, RONALD, “Equality of What?” incluido en: *Sovereign Virtue - The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2000, p. 68.

²¹ Cf. DWORKIN, RONALD, ob. cit., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014, p. 434.

Sobre el principio de libertad

Dworkin sostiene que su concepto de libertad se vincula con la denominada *negativa*, es decir, aquella que alude a la falta de restricción y concretamente, en el supuesto de que la comunidad política no puede alterarla si con ello se produce un agravio específico que compromete su dignidad que soslaya la igual consideración o un aspecto esencial de la responsabilidad sobre su propio proyecto individual de vida. Por tanto, la existencia del desacuerdo puede ser comprendido siempre que se suponga que el término en cuestión opera como un concepto interpretativo y a su vez, sea posible vincularlo con el valor más profundo de la responsabilidad personal²². De allí que, en esta descripción, una vez más el cambio relevante que propicia Dworkin, constituye una concepción notoriamente normativa del concepto de libertad.

Es por todo ello, que al volver sobre los dos principios que conformarían la dignidad, los muestra con mayor refinamiento, conforme a la ética; la moral personal; la obligación política; la legitimidad política; y por último, a la propia igualdad distributiva. Para proseguir con esta cuestión, se pregunta de qué modo, en forma adecuada, el gobierno puede lograr combinar una igual consideración con su más pleno respeto.

Para ello examina la independencia ética y efectúa una distinción entre aquello que los gobiernos no pueden hacer por ninguna razón a sus ciudadanos y lo que no puede hacerles conforme a ciertas razones. Tales decisiones pueden incluir elecciones en materia religiosa; compromisos personales de intimidad; e ideales éticos, morales y políticos. Afirma que la independencia ética no corre peligro siempre que la cuestión no sea fundacional y la restricción del gobierno, no es acompañada por ninguna justificación ética. A pesar de ello, sostiene que en el caso de que las leyes se encuentren debidamente justificadas, ellas pasan a constituir una parte del telón de fondo, conforme al cual será posible efectuar elecciones éticas. Entiende que los argumentos más populares respecto de las restricciones son aquellos que la mayoría de las personas de la comunidad política tienen respecto del derecho a la cultura ética que estiman correcta, en tanto les permite tener derecho a vivir y criar a sus hijos conforme a lo que estimule el estilo de vida que ellos han elegido llevar.

De este modo, resulta claro que Dworkin termina comprometiéndose con un concepto de libertad que incluye los dos aspectos, es decir, tanto la oportunidad como la no interferencia, en tanto ambos concuerden con los dos principios que estipulan lo que es beneficioso, es decir, que el Estado debe ofrecer oportunidades y permitir que cada uno de quienes integran la comunidad política escojan sus propios fines y ello implica no interferir con ellos.

²² Es curioso que Isaiah Berlin argumentó en su oportunidad en favor de la posibilidad de que existan conflictos entre esos valores porque para él todo descansa en la suposición de que las cosas que valoramos pueden obtenerse sin pérdidas. Vid: BERLIN, ISAIAH, "Dos conceptos de libertad", incluido en *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 2001. Del mismo modo, Dworkin dice que: "Mi libertad [...] se vería reducida por una ley que estableciera una nueva norma de tráfico en una dirección, pero no por una ley que recortase mis beneficios asistenciales de manera que no me permitiera conducir de ninguna manera. Pero desde luego mi rango de elección —el conjunto de oportunidades efectivamente disponibles para mí—, se ve restringido de forma más severa por la segunda ley que por la primera. Si la libertad es un valor porque protege la oportunidad ¿por qué deberíamos aceptar una interpretación que distingue de esa manera entre esas dos leyes?"

“(…) ahora nuestra interpretación de la libertad empieza a depender de nuestra previa interpretación de la igualdad. Esto no debería sorprendernos porque los dos principios del individualismo ético que hemos venido perfilando son parte de una misma actitud ética global, y así debemos comprender la una a la luz de la otra”²³.

Concretamente su pretensión consiste en mostrar que una correcta interpretación de la libertad tiene que incorporar un contenido igualitario y que, en el mismo sentido respecto del concepto de igualdad, este debe integrarse a una ajustada interpretación de la libertad. En contra de esta posición extremadamente individualista, destaco que después de 1980 y en virtud de una especie de teología imperante de un libre mercado, lo único que logró es presionar para que se transfiriese el empleo a formas de empresas que sólo maximiza el beneficio, en especial a las privadas que, por definición, no tomaron en cuenta otro interés que el suyo propio, en términos estrictamente pecuniarios. Entre otras cuestiones esto significó, que los gobiernos y otras entidades públicas dejaran de ser contratistas de trabajo en última instancia (World Labour, 1989, p. 48). A su vez, el declive del sindicalismo, se debilitó tanto por la depresión económica como por la propia hostilidad de gobiernos neoliberales que sólo sirvió para acelerar este proceso, puesto que una de las funciones más cuidada era precisamente la protección del empleo.

Sobre el concepto de democracia

Respecto del concepto de democracia Dworkin mantiene que el segundo principio de la dignidad protege la responsabilidad ética personal y por ello, propone se estudie detenidamente dentro de la política este aspecto de la cuestión. Sostiene que la dignidad requiere independencia con relación al gobierno por ser las cuestiones de elección ética que constituyen el fundamento de toda teoría aceptable de la libertad negativa. Pese a ello, sugiere que ese principio no exige tal independencia en algunas cuestiones. Así, por ejemplo, una comunidad política debe tomar decisiones colectivas sobre justicia, moral y competencia a la hora de ejercer coactividad, si es que ello se requiere para hacerlas cumplir. Considera que la democracia sólo puede asegurar la dignidad del gobierno en la medida en que cumpla con ser “*del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*”, es decir, en orden a poder autogobernarse y a su vez, que cada ciudadano tenga a ese respecto, un papel igual y significativo. De este modo, cada persona tendrá derecho sólo a un voto. No obstante, reitera respecto del concepto de democracia que también tiene carácter interpretativo. Por eso, en principio, es posible preguntarse que puede significar que “el pueblo” se gobierne a sí mismo cuando, en realidad, sólo son pocos los que tienen competencia para determinar que leyes se puedan promulgar.

Se afirma que si un proceso mayoritario es la forma genuina de un autogobierno, tiene que ser aceptado por una mayoría suficiente del pueblo. Sin embargo, se estima que existen razones para justificar modificaciones de tradicionales patrones históricos de los gobiernos y refieren respecto a la composición de la comunidad por parte de una diversidad de razas o grupos religiosos, en tanto muestran incapacidad para vivir juntos sin violencia. De modo que, para ciertas

²³ Cf.: DWORKIN, RONALD, ob. cit., 2000, p. 74.

oportunidades, Dworkin aprecia viable como única alternativa que sea posible la separación en nuevas comunidades políticas.

Al respecto supone que es correcta la organización política de una comunidad de este tipo, siempre en ella gobiernen personas competentes y diversos funcionarios —cualquiera sea su clase y nivel— sean seleccionados mediante elecciones. Sin embargo, sostiene que son diversas las formas para determinar quienes serán los funcionarios y del mismo modo, como se establecen las estructuras por medio de las cuales estos llegan a gobernar y ser reconocidos como democráticos. Algunos optan por el referendo de toda la ciudadanía a fin de favorecer graves decisiones que comprometen al conjunto. También los hay que prefieren elegir funcionarios con mayor frecuencia que otros y usar el sistema de representación proporcional; y aquellos que se concretan mediante ciertos esquemas electorales, dentro de los cuales el que gana se queda con todo. También se presentan quienes optan por otorgar un poder considerable a funcionarios no electivos, entre ellos —por ejemplo— a jueces de tribunales constitucionales. Según piensa Dworkin, todo ello nuevamente acredita el carácter interpretativo del concepto de democracia dado que, en caso de que exista desacuerdo, nuevamente se impone considerarlo como un producto interpretativo y la inexistencia de precisión respecto de lo que este término significa o bien, a qué tipo o características de la organización política se alude con su uso. De modo que para elegir alguna de sus ideas rivales buscaran un valor o conjunto de valores que posean carácter definitorio y se estimen correctos por ser elegidos y aceptados por la mayoría de electores. Sin embargo, Dworkin rechaza este tipo de estrategia reduccionista por erróneas al ignorar distinciones relevantes entre diversos valores en juego en esta cuestión siempre que ellos posean carácter global. Por ello, su propuesta consiste en tratar de especificar dos respuestas que hacen a esta cuestión. La primera de ellas, Dworkin la denomina *democracia mayoritaria* en tanto la gente se autogobernaría siempre que su poder se encuentre en manos de la mayor cantidad de los que integran la organización política. Para ello, requieren elecciones con regular frecuencia y de ese modo, alentar a funcionarios a realizar aquello que la mayoría del electorado requiere²⁴. Dworkin indica además que es necesaria para distinguir esta última de aquella que no es una concepción agregativa de la justicia, tal como lo propone el utilitarismo. Expresa que, en este

²⁴ Estimo que esta doctrina es errónea en tanto entiende que la democracia presupone la creencia de la existencia de un bien común, objetivamente determinable y además, rechazo que el pueblo tenga capacidad de conocerlo y de hacer de él, el contenido de su voluntad. Si la doctrina que propicia Dworkin fuese correcta la organización democrática no sería posible porque no es difícil demostrar que no existe algo así como un bien común objetivamente determinable y la pregunta sobre que sea el mismo, sólo es posible de responder por juicios de valor subjetivo que, obviamente, pueden diferir sustancialmente de una a otra persona y aun cuando se suponga que ese bien existiera, el hombre medio, y por ello el propio pueblo, es difícil que sea capaz de conocerlo. Esto en tanto no es posible negar que el pueblo es un conjunto de individuos de diferentes niveles económicos y culturales y que, por tanto, no puede tener una voluntad uniforme. De ese modo, por "*pueblo*" se entiende que todos los individuos adultos que están sujetos al gobierno ejercido directamente por la asamblea que ellos mismo integran o indirectamente, por sus representantes que eligen. Las elecciones democráticas se fundan en el sufragio universal, igual, libre y secreto. Tal principio democrático puede concretarse en grados diversos, según como esas condiciones y en especial, que la "*universalidad del sufragio*" se encuentren satisfecha. De este modo, sería posible pensar que participar en el gobierno, es decir, en la creación y en la aplicación de las normas generales e individuales del ordenamiento social de la comunidad, es la característica fundamental de la democracia. Que la participación sea directa o indirecta y la democracia sea directa o bien, representativa) no afecta la idea de que ella es una cuestión de *procedimiento* o sea, un método específico de creación y aplicación del ordenamiento social.

último caso, la expresión “voluntad mayoritaria” es ambigua en tanto se usa con el fin de describir un proceso mayoritario, utilitario y agregativo. Por tanto, su intención se dirige a defender una concepción asociativa de la democracia, en tanto estima que “autogobierno” no significa sólo gobierno de la mayoría al ejercerse autoridad, sino que alude al conjunto del pueblo como si cada uno de los que lo integran tuviesen carácter de socios. Asimismo, tal asociación se vincula con restricciones sustantivas de legitimidad y como ella, constituye una cuestión de grado del mismo modo que en la concepción de la democracia. De esta forma, refiere a un segundo concepto de democracia respecto del cual, como sucede en EE.UU., se verifica que existe compatibilidad entre la democracia y el control de constitucionalidad. Por ello, conforme a la concepción que propicia, la mayoría política carece de autoridad moral para decidir aquello que todos deben hacer cuando se presentan problemas controvertidos y además, de aquellos que exigen que tengan legitimidad suficiente. De allí, que el control de constitucionalidad constituya una forma de mejorar la legitimidad de un gobierno en virtud de que ella protege la independencia ética de una minoría y con ello, controlar el derecho moral de la mayoría al imponer su voluntad en estos asuntos²⁵.

Para finalizar este apartado, pasa a proporcionar otras razones por las cuales estima correcta una concepción de la democracia asociativa. Sustenta no tener dudas de la existencia de un consenso respecto de los beneficios instrumentales de la democracia, cuando se la reemplaza mediante una prensa libre; cuando se protege a la comunidad de actos de corrupción extendida; de tiranías; y finalmente, que pueda reducir la posibilidad de que los funcionarios gobiernen sólo en función de sus propios intereses o de aquellos que beneficien sólo a una clase minoritaria. En definitiva, para que la democracia mejore la estabilidad y libertades políticas se exige que exista una efectiva posibilidad de proteger la libertad económica y otras leyes fundamentales para el desarrollo económico. Por tanto, concluye que el problema relevante a este respecto es un asunto de principio y no de consecuencias. La regla de la mayoría se entiende de este modo como un equitativo método para ordenar una comunidad política coactiva (Jeremy Waldron). Este último expositor propone un principio procedimental general que, en orden a las personas que aceptan la concepción mayoritaria, consistiría sólo en su aplicación al caso político, pero Dworkin sostiene que ese principio

²⁵ Nuevamente, aclaro que parafraseando a Kelsen —autor que para Dworkin sería considerado como “democrático mayoritario”— que con los principios de libertad e igualdad se tienden a una minimización del poder y la democracia no puede constituir un poder absoluto y ni siquiera, un poder absoluto de la mayoría. Siendo esto así, el poder de la mayoría se distingue de cualquier otro no sólo porque, por definición, implica una oposición, es decir, una minoría, sino también porque políticamente reconoce la existencia de la misma y de proteger sus derechos. Kelsen piensa que es importante tener en cuenta que la transformación de la idea de libertad natural, como ausencia de gobierno y aquellas de la libertad política como forma de participar en el gobierno, no implica un completo abandono de la primera. Por el contrario, por ella permanece el principio de cierta restricción del poder del gobierno, restricción de su poder que constituye un principio fundamental del liberalismo político. El principio básico del mismo es que el gobierno no debe interferir en esferas de interés del individuo que deben ser protegidas por la ley como derechos y libertades humanas fundamentales. El respeto de estos derechos es el que resguarda a las minorías contra el dominio arbitrario de las mayorías. Partiendo de estos conceptos, Kelsen sostiene que la democracia es discusión y de ello, también se desprende que el contenido de los ordenamientos jurídicos puede resultar de un compromiso. El liberalismo que resulta inherente a la democracia actual no significa sólo autonomía política sino también autonomía intelectual del individuo, autonomía de su razón, lo que constituye un elemento definitorio del racionalismo.

cuantitativo no es fundamental, por diversas razones a fin de precisar el concepto de equidad. En primer lugar, por insistir que la mayoría carece de autoridad moral y que no siempre, sus decisiones —aun cuando se tomen de esa forma— logran resultar equitativas y en segundo lugar, que también es posible verificar la inexistencia de un procedimiento para tomar una decisión por defecto y menos, que el azar sea la forma para garantizarla.

Contrariamente, Dworkin aduce que la “concepción mayoritaria de la democracia”, no propone lo que si puede efectivizar la “concepción asociativa”, en tanto respeta la igualdad política en la medida que dependa de otro concepto interpretativo. Y para ello, propone como ideal abstracto, tres maneras de entender la igualdad política, a saber: a) Para el primero, significaría que el poder político se reparte de tal forma que todos los ciudadanos adultos, tienen igual influencia sobre las decisiones políticas; b) Que en el caso del segundo, afirma que los ciudadanos adultos tienen la posibilidad de obtener igual impacto sobre ese proceso y la opinión de cada cual, posibilita formar aquello que tiene pleno e igual peso frente a otras decisiones finales de la comunidad; c) Respecto del tercero, la postura refiere a un significado diverso, al mantener que ningún ciudadano adulto puede tener menos impacto político que ningún otro, en tanto compromete su dignidad y de aquellas que proporcionen a su vida una menor consideración o juzguen sus opiniones como carentes de importancia para respetarlas. Sugiere respecto de esta última, que no se trata de una cuestión matemática que proporcione un sentido a la igualdad política. Que ella no exige que la comunidad termine por dividir sin necesidad el poder político en partes iguales, pero sí que debe hacerlo de modo que trate a todas las personas como iguales. Por eso su rechazo a las dos primeras formas de entender la equidad política y defender que “...la igualdad política no trata de un asunto de poder político sino de posición política. La democracia confirma de la manera más dramática la igualdad de consideración y respeto que la comunidad en su conjunto, como custodio del poder coactivo, tiene por cada uno de sus miembros”.

De tal modo, según asevera Dworkin, respecto de la igualdad ella requiere:

- 1) *Que la distribución del poder político confirme la igualdad de consideración y respeto que la comunidad tiene en relación a cada uno de sus miembros;*
- 2) *Que es inaceptable que el poder político dependa de personas en función de ciudadanía, conquista o aristocracia de talento y excluya algún ciudadano, salvo como consecuencia de delitos o acto contra la comunidad,*
- 3) *Que por sí solo, el principio de mayoría no es un procedimiento que respete la igualdad política;*
- 4) *Que la concepción asociativa no exige automáticamente un igual impacto político a los votos de todos los ciudadanos pero, en ocasiones, lo exige en orden al cuándo y por qué.*

Para ello, Dworkin exige una carga adicional de argumentación que vincula con la legitimidad para distribuir el poder político de modo que refleje la igualdad de consideración y respeto que todos y cada uno de los miembros de la comunidad, deben tener. Por esa razón, su conclusión es que la concepción asociativa —que acepta y presupone— rige en su país y su justificación difiere de lo que significa un gobierno representativo. De otro modo, que no sólo la simple mayoría puede contener el poder político de sus funcionarios. Que para ello, co-

rresponde el examen de los cronogramas, sus circunscripciones y mecánica electoral; así como la propia división de poderes entre funcionarios, a fin de poder juzgar si razonablemente se han computado con el fin de proteger la legitimidad democrática de la que, según supone, ellos son servidores.

4. El control de constitucionalidad

La institución del control judicial de las leyes, según afirma, resulta incómoda dentro de un sistema democrático de gobierno. Y esto sucede por diversos problemas que estima corresponden resolverse, a saber: i) Determinar los fundamentos para que los desacuerdos interpretativos de un texto constitucional se resuelvan en definitiva —mientras no cambie la integración de las Cortes—, en tanto quienes la integran no han sido elegidos por los electores; ii) Determinar los argumentos que sostienen que los desacuerdos sobre el sentido de un texto constitucional, tienen que allanarse por la mayoría de los integrantes del Poder Legislativo. Es decir, acorde a la conocida dificultad contramayoritaria que supo acuñar Alexander M. Bickel²⁶. Esta dificultad, según nuestro expositor, fue la causa de una fractura que divide al pensamiento constitucional y político entre quienes defienden un modelo robusto de justicia constitucional y aquellos que lo rechazan²⁷. Dworkin no soslaya la consideración de este dilema, pero se inclina en favor de un control constitucional sustantivo que faculte a los jueces como garantía de que el ciudadano, tenga la información necesaria para evaluar sus convicciones, preferencias políticas o protegerse de gobiernos que pretendan perpetuar su mandato ilegítimamente o derogar del mismo modo, aquellas leyes que cuentan con apoyo mayoritario. En concreto, Dworkin distingue entre la concepción democrática mayoritaria y se expide por la negativa y aquella que él adopta, es decir, una concepción asociativa que al respecto, respondería frente al control de constitucionalidad judicial “no necesariamente”²⁸.

De esta forma, defiende la idea de que el control sustantivo de constitucionalidad genera una disparidad limitada —suficiente dentro de sus límites— del impacto político. Que en su país el voto de cinco de los miembros de la Corte puede derogar aquello que los representantes de los electores, promulgaron. La primera condición la parece que resulta satisfecha por su propuesta dado que tal decisión rige entre los jueces y todos los demás, sin discriminar por nacimiento o riqueza. No sucede ello respecto de la segunda condición que es crucial, es decir,

²⁶ BICKEL, ALEXANDER M., *The least Dangerous Branch: The Supreme Court the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, CT, 1986.

²⁷ BAYÓN, JUAN CARLOS, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en CARBONELL, MIGUEL y GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO (eds), *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, México, 2010, pp. 1959-1990.

²⁸ En esta concepción asociativa de la democracia, el control de constitucionalidad no quedaría automáticamente justificado por el solo hecho de haber sido establecido con el objetivo de proteger los derechos y libertades ciudadanas. Es necesario explicar cómo el acuerdo constitucional consistente en atribuir a un grupo de jueces la capacidad de dejar sin fuerza una decisión adoptada por la mayoría de los miembros del órgano representativo, puede mejorar la legitimidad del sistema en su conjunto. Y respecto de este punto, la explicación que nos proporciona Dworkin no parece convencer, a saber: “...que el aislamiento de los jueces y su capacidad de decidir conforme a principios, los hace menos vulnerables a presiones de personas o grupos que no tienen en cuenta ni los principios ni la idea de democracia como empresa común que debe tratar a cada ciudadano como miembro de igual derecho, como ocurre con los legisladores” (DWORKIN, RONALD, *Freedom’s law: the moral Redding of the American constitution*, Oxford University Press, 1996, p. 34).

expedirse sobre los argumentos que justifican concluir que esta forma de control de constitucional tiene capacidad para mejorar la legitimidad de la democracia. Una respuesta que se propone al respecto es que los jueces de la Corte provienen de una designación y no de una elección y ellas se extienden más allá del mandato de Presidentes y Legisladores que los designan. Frente a ello, Dworkin califica este argumento como débil, por las siguientes razones: 1) Que al designarse cada integrante de la Corte reciben una intensa publicidad con consecuencia políticas intensas; 2) Que en su designación, el público tiene una influencia que supera la que, en su momento, puede tener un Senador o un funcionario no electivo; 3) Que es cierto que el público pierde ese control sobre lo que decida el magistrado elegido y designado formalmente, pero de igual forma lo pierden los funcionarios elegidos, como, según ejemplifica, con la elección del Presidente Bush que califica como ejemplo de una elección espuria.

Respecto del poder de aquellos que integran la Corte, asevera que el poder de cada uno de ellos se encuentra limitado por ser necesario contar con el apoyo de la mayoría de sus pares para que uno de ellos pretenda decidir en definitiva el caso en conflicto. Luego de varias descripciones en las cuales la Corte pudo derogar leyes populares, tanto en la década de 1930 al abrogar leyes del *New Deal* dictadas por Roosevelt y en el año 2000 al resolver las elecciones presidenciales y como sucedió a posteriori, con decisión de 5 a 4 de sus integrantes, no logró impedir que las corporaciones gastaran en publicidad lo que desearan contra aquellos que se oponían a sus intereses.

Por tanto, la defensa del carácter democrático del control de la Corte en asuntos constitucionales tiene que brindar argumentos fuertes en su favor si pretende que ese tipo de control, legitima mejor el sistema democrático por incrementar las probabilidades de que la comunidad adopte y haga cumplir una concepción adecuada de la libertad negativa y de una distribución equitativa de recursos u oportunidades y del mismo modo de la libertad positiva. Tal argumento, depende de una multitud de factores que varían de un país a otro. Esto incluye fortalecer al Estado de Derecho; la independencia del Poder Judicial; y el carácter constitucional que los jueces deben hacer cumplir. Por último, Dworkin se pregunta si la institución del control constitucional otorga mayor legitimidad al gobierno y concluye expidiéndose favorablemente al sostener que la defensa del carácter democrático de un gobierno sostiene que incrementa la probabilidad de que la comunidad las adopte y haga cumplir una concepción apropiada de la libertad negativa y de una distribución equitativa de recursos u oportunidades, del mismo modo respecto a la libertad positiva. Finalmente, niega lo que muchos abogados y politólogos defiendan que este control es definitivamente defectuoso para la democracia. Sin embargo, manifiesta que si tiene el deber de juzgar la acción de la Corte Norteamericana durante estos últimos años, entiende que la consideraría un fracaso²⁹.

²⁹ El argumento de Dworkin, citado en nota al pie, posee tres premisas implícitas, a saber: 1) Una visión pesimista del hombre promedio según la cual los ciudadanos al momento de tomar decisiones políticas no piensan más que en sus propios intereses y no, el de los demás; 2) Que el aislamiento político es una condición necesaria para adoptar decisiones correcta acerca de estos asuntos que afectan derechos constitucionales; 3) Que mientras los ciudadanos están divididos en cuanto a la decisión del caso, los jueces tienen, además de su declamada independencia y además, de resolver por mayoría, son más proclives a aceptar su posición en el sistema político y experiencia en cuestiones jurídicas. Sin embargo, las palabras con las que concluye este apartado resultan decepcionantes por-

5. Breves consideraciones a modo de conclusión

1) Presenté un breve y exhaustivo análisis de la política durante cuyo desarrollo Dworkin asume una extrema defensa de una concepción ética individualista, que no puedo compartir por superar ampliamente el campo de la acción política mediante una restrictiva concepción de la moral política. Esta defensa soslaya que los individuos viven con fuertes emociones sus primeras experiencias en la infancia y que luego, al integrarse en plenitud con el resto de los ciudadanos, logra socializarse. Este proceso, no permite sostener que cada individuo tenga la posibilidad empírica de planificar una “vida buena”, existe sólo con relación que conciben como una relación interna; es decir, relaciones directas en las cuales una posición existe sólo en virtud de una relación con la posiciones estructural dentro de la comunidad. Clásicos ejemplos del caso son los del amo-esclavo y capital-relaciones laborales. Según esta visión, los tipos sociales que se constituyen mutuamente están relacionados en forma directa o interna. De allí, que las capacidades relacionales, las subjetividad y los intereses de los actores están moldeadas en forma directa por las posiciones que éstos ocupan³⁰.

2) Después de destacar esta primera objeción, señalo que la adjudicación de una efectiva responsabilidad ética individual con la exigencia de proteger —tal como una “carta de triunfo”— la decisión individual de un plan “de vida buena” establecido únicamente por los individuos. Con ello, sólo asume la defensa de derechos de primera generación respecto de los cuales prevalece exclusivamente una libertad positiva que propone un rol activo del Estado de Derecho en la protección de ciudadanos mejor dotados y que tienen satisfechas sus necesidades básicas. Sin embargo, omite indebidamente señalar que conforme se describió no es sólo la acción del Estado la que puede afectar tales planes individuales, sino también, los propios hábitos diversos de los habitantes que componen la comunidad. Por ello, la responsabilidad de todos respecto de acciones e intereses, casi nunca es totalmente intelectual y responde directamente a comunes hábitos de conducta que provocan daños individuales en muchos ciudadanos vulnerables, tal como lo señala claramente Iris Marion Young³¹;

3) También cuestioné que Dworkin preste atención sobre el cambio del discurso de los derechos humanos y particularmente, que no preste relevancia a la vigencia de los derechos sociales como los de carácter económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) y no advierta que hoy existe una unidad compleja entre derechos civiles, políticos y sociales; una suerte de influencia recíproca y convivencia continua que neutraliza cualquier pretensión de apropiación de los mismos por la derecha o por la izquierda. Dicho de otra manera, los DESC no

que evidencian que al llegar estas disputas a la justicia constitucional, esa misma división que existe en la sociedad, se encuentra nuevamente en los propios jueces.

³⁰ Vid: BARNETT, MICHAEL - DUVAL, RAYMOND, “Power in international politics”, *International Organization* 59, 2005, p. 53.

³¹ Vid: YOUNG, IRIS MARION, *Responsabilidad por la justicia*, Morata y Paideia Galicia, 2011, pp. 63-88, donde señala la situación de “...Sandy y la justicia estructural, al tener la percepción de que algo falla moralmente en la historia de ella que da por hecho que su situación no resulta fundamentalmente de sus decisiones y actos, frente a la decisión del casero de su casa arrendada, que un mundo sexista hace que los empleos de servicio con salarios bajos como única posibilidad laboral para mujeres sin estudios superiores o formación técnica junto a una ‘discrepancia espacial’ que ubica a estos empleos más accesibles lejos de las viviendas más accesibles”. Y tal situación que afecta a personas más “vulnerables a quedarse sin hogar o ser privadas de una vivienda”.

sólo exigen un deber positivo del Estado en términos de promoción sino también, un deber negativo en términos de su respeto por parte de comunidades con necesidades básicas insatisfechas comparadas con aquellas que gozan de idénticos recursos pero en forma excesiva³².

4) Que como bien afirma Rodolfo Vázquez, la distinción entre libertad positiva y negativa, es decir, la distinción que adopta Dworkin, no describe adecuadamente las acciones que se desprenden de obligaciones indelegables del Estado, tanto para resolver conflictos individuales fundados en deseos, como respecto a aquellos que requieren satisfacer necesidades básicas insatisfechas³³;

5) Que la recurrente idea de Dworkin en imaginar sociedades hipotéticas elaboradas para justificar su defensa de derechos individuales y la distribución desigual de los recursos básicos que produce el mercado actual, no es suficiente para proporcionar una visión empírica de la mayoría de las sociedades que, conforme lo reconoce, ven crecer en forma indiscriminada bienes básicos en poder de un minoría privilegiada, frente al constante incremento de necesidades básicas insatisfechas en la mayoría de ciudadanos que se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad;

6) Por último, Dworkin no alcanza a justificar su concepción de una democracia asociativa —en reemplazo de aquella que califica como mayoritaria— y en la cual, las disposiciones que establece frente a un parlamento legitimado y en caso de controversia, asuma este autor que tienen que ser resueltas por un grupo de juristas que conforman una Corte Suprema como la establecida en los EE.UU. Y ello, se vuelve a manifestar cuando Dworkin reconoce su fracaso al determinar finalmente que unos pocos jueces tomen graves decisiones constitucionales que soslayan aquellas instituciones legitimadas por el voto de la mayoría electores en la elección de su propio país y propiciar que el control constitucional de la Corte por considerar que ellas pueden tratar este tipo de conflictos con mayor imparcialidad, por considerar que están más dotados que quienes integran el órgano legislativo al mermar el número de quienes deliberan y deciden en función del respeto a una democracia asociativa.

Bibliografía

AVISHAI, MARGALIT, *La sociedad decente*, Paidós Estado y Sociedad, Buenos Aires, 1997.

BARNETT, MICHAEL - DUVAL, RAYMOND, "Power in international politics", *International Organization* 59, 2005.

BARRY, BRIAN, *Teorías de la Justicia*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1995.

³² Vid: POGGE, THOMAS, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, 2005, p. 37, al expresar su posición "...respecto de la pobreza puede ser acusada de dejar de lado el factor más importante: la incompetencia, la corrupción y la tiranía que arraigan en los gobiernos, las instituciones sociales y la culturas de muchos países en desarrollo..." pero "si los intereses vitales de los pobres globales se pasan por alto en las negociaciones internacionales, es porque sus propios gobiernos no defienden firmeza esos intereses. Y aunque nuestros gobiernos acordaran reducir las barreras proteccionistas contra las exportaciones de los países en desarrollo, eso llevaría a un enriquecimiento de las élites corruptas antes que a la mejora de las condiciones de los pobres... La cuestión no es ¿qué hacemos a los países pobres? La cuestión crucial es ¿qué los que nosotros y los gobernantes y las clases dirigidas de los países en desarrollo agravan aun más a sus empobrecidas poblaciones?

³³ Vid: VÁZQUEZ, RODOLFO, cap. 5º: "Derechos Sociales y desigualdad", incluido en su libro: *Derechos Humanos. Una lectura liberal Igualitaria*, ITAM, México, 2015, pp. 97-126.

BAYÓN, JUAN CARLOS, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en CARBONELL, MIGUEL y GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, México, 2010.

BERLIN, ISAIAH, "Dos conceptos de libertad", incluido en *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 2001.

BICKEL, ALEXANDER M., *The least Dangerous Branch: The Supreme Court the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, CT, 1986.

CLARK, ROBERT F., *The War on Poverty: History, Selected Programs, and Ongoing Impacts*, University Press of America, Lanham, MD, 2002.

DWORKIN, RONALD, "Equality of What?" en: *Sovereign Virtue - The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2000.

— *Freedom's law: the moral Redding of the American constitution*, Oxford University Press, 1996.

— *Justice in robes*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2006.

— *Justicia para Erizos*, Quinta Parte: "Política", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.

— *Law's Empire*, cap. 2º: "Interpretive Concepts", The Belknap Press, Cambridge, Massachusetts, 1986.

FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. II, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

GROSMAN, LUCAS S., *Escasez e Igualdad - Los derechos sociales en la Constitución*, Librería, Buenos Aires, 2008.

HOBBSBAWM, ERIC, *Historia del Siglo XX*, cap. 14: "Las décadas de crisis", Crítica, Buenos Aires, 2015.

MACKIE, J. L., *Ética - La invención de lo buenos y lo malo*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2000.

PLATTS, MARCK (Comp.), *Conceptos éticos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 2006.

POGGE, THOMAS, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 2005.

SEN, AMARTYA, *La Idea de la Justicia*, Taurus, Madrid, 2010.

SIKKINK, KATHRYN, *La cascada de la justicia Como los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2003.

WHITE, R. GEORGE, "The High Cost of Rawl's Inegalitarianism", disponible en línea www.jstor.org/stqable/448214.

WILLIAMS, BERNARD, *La fortuna moral*, cap. 2: "La fortuna moral", UNAM, México, 1993.

— *Verdad y veracidad. Una aproximación genealógica*, Tusquets Editores, Barcelona, 2006.

YOUNG, IRIS MARION, *Responsabilidad por la justicia*, Fundación Paideia Galiza y Ediciones Morata, S.L., La Coruña y Madrid, 2011.



MERODEO EN ZONA RURAL Y CONDUCTA SOSPECHOSA EN EL NUEVO CÓDIGO DE CONVIVENCIA CIUDADANA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE RONALD DWORKIN*

*Ercilia Adén***

Resumen: En diciembre de 2015 la Legislatura Unicameral de Córdoba aprobó la sanción del nuevo Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba —ley 10.326— reemplazando al anterior Código de Faltas del año 1994 —ley 8431—. Este trabajo tiene como objetivo determinar si se puede justificar moralmente la existencia de los casos de “merodeo en zona rural” y “conducta sospechosa” recientemente incorporadas en él. El análisis será efectuado desde la teoría propuesta por el filósofo contemporáneo Ronald Dworkin en lo relativo a los derechos morales de los ciudadanos frente al Estado.

Palabras clave: derechos fundamentales - código de convivencia - Ronald Dworkin.

Introducción

En los últimos años, uno de los ejes centrales de las discusiones en Argentina ha girado en torno a determinar cuál es el modo correcto de garantizar seguridad a los ciudadanos. Cuando se indaga sobre políticas de seguridad, entran en juego al menos dos variables que muchas veces son presentadas como incompatibles entre sí. Por un lado, el respeto a los derechos individuales de los ciudadanos tales como el derecho a la libre circulación. Por el otro, los derechos de la sociedad en conjunto, que garantizan un cierto grado de seguridad o tranquilidad. Aunque es mayormente aceptado que la exigencia de protección de ambas clases de derechos se encuentra justificada, existen desacuerdos a la hora de determinar cuáles son los límites moralmente admisibles para garantizarlos.

Una de las formas de garantizar un cierto grado de seguridad es a través de la creación de Códigos de Falta o Códigos de Convivencia que prevén conductas consideradas Contravenciones o faltas contravencionales para las cuales se establecen sanciones como la multa o el arresto. En la provincia de Córdoba, hasta el 1 de abril de 2016 rigió el Código de Faltas, hoy reemplazado por el nuevo Código de Convivencia Ciudadana. Ambos códigos contienen figuras — en particular las relativas a la protección de bienes privados— que han recibido numerosas críticas por vulnerar, entre otros, el derecho a la libre circulación de los ciudadanos.

* Recibido 05/05/2016 ~ Aprobado 20/07/2016.

** Abogada (UNC). Becaria doctoral de CONICET. Doctoranda en Derecho y Cs. Sociales (UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC). Adscripta en las cátedras de Ética y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Programa de Ética y Teoría Política radicado en el CIJS.

Este trabajo tiene como objetivo determinar si se puede justificar moralmente la existencia de los casos de “merodeo en zona rural” y “conducta sospechosa” recientemente sancionadas en el nuevo Código de Convivencia Ciudadana de la provincia de Córdoba. El análisis será efectuado desde la teoría del filósofo contemporáneo Ronald Dworkin en lo relativo a los derechos morales de los ciudadanos frente al Estado. La propuesta dworkineana se encuentra fundada en una preocupación por garantizar la dignidad humana y la igual consideración y respeto de las personas. Se trata de valores compartidos por la sociedad argentina —que incluso los protege en la Constitución Nacional y los Tratados y Declaraciones Internacionales con jerarquía constitucional— por lo que se presenta como una herramienta atractiva para evaluar las normas de su ordenamiento jurídico.

Los derechos fundamentales en Ronald Dworkin

En *Los derechos en serio*¹ Ronald Dworkin caracteriza a los derechos fundamentales como aquellos que se poseen en contra del gobierno y que se consideran necesarios para cumplir con al menos dos exigencias. Por un lado, el respeto a la dignidad humana y por el otro, el respeto a la igualdad política. Con respecto a la primera, implica aceptar que “...*hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana...*” y que tratarlos de ese modo es profundamente injusto². Con respecto a la segunda, exige aceptar que “...*los miembros más débiles de una comunidad política tienen derecho, por parte del gobierno, a la misma consideración y el mismo respeto que se han asegurado para sí los miembros más poderosos...*”³. De este modo, la violación de un derecho fundamental es más grave que la de cualquier otro porque implica “*tratar a un hombre como algo menos que hombre o como menos digno de consideración que otros hombres*”⁴.

No todos los derechos jurídicos —ni aun todos los incorporados a las constituciones— son necesarios para satisfacer las dos exigencias por lo que no es posible sostener que todos ellos constituyan derechos morales en contra del gobierno⁵. Así, es posible distinguir entre derechos en sentido fuerte —derechos fundamentales— y derechos en sentido débil —derechos no fundamentales—. Estos últimos admiten la posibilidad de ser invalidados si ello genera mayor utilidad para la sociedad, en el sentido de que en términos generales produzcan mayor beneficio que daño. Por el contrario, los derechos en sentido fuerte sólo podrían invalidarse para proteger los derechos fundamentales de otros ciudadanos o impedir una catástrofe, pero nunca para incrementar la utilidad general⁶.

¹ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009.

² DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009, p. 295.

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Íd.*, p. 285.

⁶ *Ibíd.*

El nuevo Código de Convivencia Ciudadana de Córdoba y los casos de “merodeo en zona rural” y “conducta sospechosa”

En diciembre de 2015 la Legislatura Unicameral de Córdoba aprobó por mayoría la sanción del nuevo Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba —ley 10.326⁷— que comenzó a regir a partir del 1 de abril de 2016 reemplazando al anterior Código de Faltas del año 1994 —ley 8431—.

El art. 1° del nuevo Código de Convivencia Ciudadana expresa que su objeto es “...*el resguardo de las condiciones que aseguren la convivencia social y el respeto al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades consagrados en la Constitución y las leyes.*” En este sentido, no se aparta del objeto del Código de Faltas derogado que también estaba destinado a garantizar la convivencia ciudadana. Ambos códigos establecieron como sanciones principales ante la comisión de faltas contravencionales a la multa y el arresto, aunque el nuevo código en su art. 22 agrega una nueva sanción consistente en realizar trabajo comunitario⁸.

El art. 98 del derogado Código de Faltas contenía el caso del merodeo⁹. Esta norma otorgaba un amplio poder discrecional a las fuerzas policiales para efectuar detenciones, lo cual facilitó la comisión de un elevado número de detenciones arbitrarias¹⁰. La reciente sentencia en contra del comisario Márquez da cuenta de la práctica policial posibilitada en gran parte por la laxitud de la norma¹¹. Asimismo, el juez Reinaldi en el “Hábeas Corpus presentado por el Dr. Hugo Omar Seleme a favor de los vecinos de los Barrios Arguello, Autódromo, Sol Naciente y Otros” se pronunció interpretando el art. 98 con un alcance restringido aunque recomendando también su modificación¹².

Dentro de los cambios que se introdujeron con la sanción del nuevo Código de Convivencia Ciudadana se encuentra la derogación del merodeo en zona urbana, aunque se incorporan los casos de “merodeo en zona rural” y “conducta sospechosa” —muy vago y de aplicación similar al merodeo urbano contenida en el art. 70—. Para ambos casos se prevén las sanciones de trabajo comunitario, multa de hasta 6 unidades de multa o el arresto de hasta tres días.

Conforme al art. 70, una persona comete la falta de “conducta sospechosa” cuando se encuentra en inmediaciones de edificios o vehículos —con o sin

⁷ Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba, 2016, <http://www.policiacordoba.gov.ar/images/fotos/823/31.pdf>.

⁸ Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba, 2016, <http://www.policiacordoba.gov.ar/images/fotos/823/31.pdf>, 5.

⁹ “Merodeo: Art. 98. — Serán sancionados con multa de hasta cinco Unidades de Multa (5 UM) o arresto de hasta cinco (5) días, los que merodearen edificios o vehículos, establecimientos agrícolas, ganaderos, forestales o mineros, o permanecieran en las inmediaciones de ellos en actitud sospechosa, sin una razón atendible, según las circunstancias del caso, o provocando intranquilidad entre sus propietarios, moradores, transeúntes o vecinos.”

¹⁰ BOLATTI, V. et al., “Promoción de Derechos Humanos en materia de Código de Faltas. Relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas en la Ciudad de Córdoba”, Córdoba, 2012, p. 55, <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>.

¹¹ “El Comisario Márquez fue condenado a tres años de prisión,” *Cba24N*, 11/05/2015, <http://www.cba24n.com.ar/content/el-comisario-marquez-fue-condenado-tres-anos-de-prision>.

¹² “Hábeas corpus presentado por el Dr. Hugo Omar Seleme a favor de los vecinos de los Barrios Arguello, Autódromo, Sol Naciente y Otros”, Juzgado de Control de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, 2015.

moradores u ocupantes— o de personas “a) Escalando cercas, verjas, tapias o techos o mostrando signos de haberlo hecho o intentando hacerlo; b) Manipulando o violentando picaportes, cerraduras, puertas, ventanas o ventanillas; c) Portando herramientas o elementos capaces de ser utilizados para violentar cerraduras, puertas, ventanas o ventanillas; d) Circulando en vehículos o motovehículos sin la identificación correspondiente, y e) Persiguiendo de una manera persistente y ostensible a un transeúnte sin una razón atendible”¹³.

Esta nueva normativa ha sido objeto de numerosas críticas. Por un lado, la existencia de una superposición de normas ya que los incs. a) y b) se encuentran tipificados como delitos en el Código Penal¹⁴. Por el otro, la dudosa justificación para castigar conductas tales como portar elementos para abrir puertas ya que existen diversas razones por las que una persona podría tenerlas. Por ejemplo, usarla de herramienta de trabajo en caso de tratarse de un cerrajero¹⁵. Asimismo, se cuestiona la razonabilidad de detener a una persona por no tener chapa patente en un automóvil o por el simple hecho de seguir a otra. Se trata de una norma que además de superponerse con normas contenidas en el Código Penal, sanciona conductas que no generan ni un daño ni un peligro¹⁶. Es decir, se pone en duda la conexión que se presupone que existe entre estas acciones y la posible comisión de un delito. Además, se cuestiona la vaguedad de los términos contenidos en los casos, ya que no es posible conocer en qué consiste tener una conducta sospechosa y ello afecta los derechos de los ciudadanos a conocer las leyes *a priori*. En definitiva, quien aplique la norma en cada caso será quien determine su contenido.

El art. 71 que contiene la contravención de “merodeo en zona rural” sanciona a quienes “...merodearen establecimientos agrícolas, ganaderos, forestales o mineros, o permanecieran en las inmediaciones de ellos en actitud sospechosa, sin una razón atendible, según las circunstancias del caso, o provocando intranquilidad entre sus propietarios, moradores, transeúntes o vecinos”¹⁷. Esta norma es pasible de las mismas críticas mencionadas en el apartado anterior: evita que se cumpla con la finalidad de motivar las conductas de los ciudadanos ya que no es posible conocer *a priori* en qué consiste tener una actitud sospechosa o merodear y sanciona conductas que no generan un daño ni un peligro. Además, agrega que la comisión de la contravención dependerá de que las conductas provoquen o no la intranquilidad de otras personas.

¹³ Código de Convivencia Ciudadana de La Provincia de Córdoba, 19.

¹⁴ MIEMBROS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN, “ACCESO A LA JUSTICIA: EL CASO DE LOS JÓVENES AFECTADOS POR EL CÓDIGO DE FALTAS” DEL PROGRAMA DE ÉTICA Y TEORÍA POLÍTICA (CIJS), “Observaciones al proyecto de Código de Convivencia Ciudadana de la provincia de Córdoba 2015”, accedido 31/03/2016, <file:///C:/Users/Bangho/Downloads/cod%20convivencia/observaciones-codigo-de-convivencia.pdf>.

¹⁵ “Los nuevos catorce puntos del Código de Convivencia Ciudadana”, *Cba24N*, 12/03/2015, <http://www.cba24n.com.ar/content/los-nuevos-catorce-puntos-del-codigo-de-convivencia-ciudadana>.

¹⁶ BOLATTI, V. *et al.*, “Promoción de Derechos Humanos en materia de Código de Faltas. Relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas en la Ciudad de Córdoba”, Córdoba, 2012, 13, <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>.

¹⁷ Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba, 20.

Posibles justificaciones a favor de mantener las figuras de merodeo en zona rural y de conducta sospechosa

Dado que la libertad física y de circulación son derechos fundamentales —derechos en sentido fuerte— que pueden verse afectados por las sanciones establecidas para las conductas contenidas en los casos de merodeo en zona rural y de conducta sospechosa, se deben ofrecer razones especiales para justificarlas. A continuación se presentan algunos argumentos que podrían esgrimirse en esa dirección conforme a la teoría de Ronald Dworkin.

a) *Impedir una catástrofe*: este argumento presupone una situación de emergencia en la que existe un peligro claro, presente y de gran magnitud, que requeriría limitar los derechos para ser superada¹⁸. Dworkin enfatiza que ante estas situaciones es necesario distinguir entre lo que puede suceder y lo que sucederá. Si la afirmación se basa en conjeturas, el resultado que se obtiene es la destrucción de los derechos¹⁹.

En el caso bajo análisis, este tipo de argumentos no funciona puesto que la sociedad cordobesa no se encuentra en una situación de emergencia o catástrofe y tampoco es cierto que si no se sanciona a quienes “merodean” o muestran una “conducta sospechosa” la sociedad vaya a encontrarse en esa situación. Es decir, un argumento instrumental para prevenir emergencias o catástrofes tampoco sería admisible.

b) *Concurrencia de derechos*. Esta clase de argumentos intenta demostrar que distintos derechos se encuentran en juego y que no es posible asegurar el respeto de todos si no se limita el alcance de alguno/s de ellos²⁰. Distintas interpretaciones podrían ofrecerse en esta dirección:

1. *La existencia de un derecho a hacer valer las leyes*. Este tipo de argumento se encuentra basado en un supuesto derecho de las mayorías a hacer valer sus leyes²¹. En el caso bajo análisis, el Código de Convivencia Ciudadana fue promulgado por mayoría en la Legislatura Unicameral por lo que negarle validez a algunas de sus normas implicaría no reconocerles tal derecho.

Esta primera alternativa es rechazada por Dworkin porque una de las principales características de los derechos contra el gobierno es justamente que funcionan como límites a las decisiones mayoritarias. De este modo, permiten hacer o dejar de hacer algo aunque las mayorías piensen que permitirlo está mal y/o aunque las mayorías estén peor por lo que ellos autorizan²².

2. *El derecho de la sociedad a mantener un cierto grado de seguridad y orden deseado*. Este argumento es esgrimido por gran parte de la ciudadanía preocupada por la inseguridad. Consiste en sostener que la seguridad se verá mejor garantizada si se admiten casos como los contenidos en el Código de Convivencia Ciudadana ya que permiten garantizar la actuación policial antes de la comisión de actos delictivos.

Conforme a la concepción dworkineana, esta alternativa tampoco es admisible debido a que se trata de una razón utilitaria consistente en comparar la

¹⁸ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009, p. 291.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Íd.*, p. 288.

²¹ *Ibíd.*

²² *Íd.*, p. 289.

posibilidad de reducir la comisión de delitos —beneficio general— con el daño ocasionado a los detenidos. Para Dworkin, derechos fundamentales como la libertad de circulación siempre triunfan frente a posibles beneficios generales.

Quienes ofrecen argumentos basados en razones utilitarias podrían proponer un modelo de *equilibrio entre derechos del individuo y exigencias sociales* para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre ambos. En este modelo se propone que el gobierno realice un balance entre el bienestar general y los derechos personales a la hora de definir su contenido. Aunque reconocen que puede haber errores, consideran que a la larga los desequilibrios se compensan²³.

Sin embargo, Ronald Dworkin rechaza este tipo de solución porque considera que implicaría no tomarse en serio las exigencias de respeto a la dignidad humana y de igualdad política que merecen los ciudadanos. Asimismo, sostiene que ante estas situaciones es erróneo presentar al conflicto como un caso de concurrencia de derechos. Los derechos de la sociedad como tal siempre ceden ante los derechos personales de sus miembros, aunque ello tenga un coste adicional en términos de política social o eficiencia²⁴.

3. *Derechos personales de los miembros de la mayoría: el derecho de propiedad*. Dado que tanto la figura del merodeo en zona rural como la de conducta sospechosa se encuentran incluidos dentro del Capítulo I “*De la Defensa de los Bienes Públicos y Privados*” del Título III relativo a la *Protección de los bienes* del Código de Convivencia Ciudadana²⁵ se podría sostener que lo que se encuentra en riesgo es el derecho personal de propiedad que poseen todos los miembros de la sociedad.

Dworkin distingue entre los derechos de la mayoría como tal y los personales de los miembros de la mayoría, para luego sostener que solo estos últimos podrían justificar la limitación de un derecho individual. Asimismo, sostiene que una persona posee un derecho individual “...*si esa persona está autorizada para exigir tal protección de su gobierno por cuenta propia, como individuo, sin tener en cuenta si la mayoría de sus conciudadanos se unen a la demanda*”²⁶.

Sin embargo, el derecho de propiedad se encuentra protegido en el ordenamiento jurídico argentino. Uno de los ejemplos más claros es la que brinda el Código Penal. Normas como las contenidas en el Código de Convivencia Ciudadana son presentadas por el propio autor como un ejemplo de aquellas que no pueden considerarse protectoras de un derecho personal. Así, distingue entre la posibilidad de exigir la creación de normas destinadas a proteger a una pequeña minoría en situación de vulnerabilidad por verse amenazada su seguridad física —como un ejemplo de norma que protege derechos personales—, de las leyes que aseguran un cierto nivel de tranquilidad en los lugares públicos —como normas que protegen un deseo de la mayoría—²⁷. Dado que el Código de Convivencia Ciudadana tiene por objeto garantizar la convivencia ciudadana, parece claro que lo que justifica la existencia de estas leyes es un deseo de una mayoría y no un derecho personal.

²³ Íd., p. 294.

²⁴ Íd., p. 296.

²⁵ Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba, 19.

²⁶ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009, p. 290.

²⁷ *Ibíd.*

Modelo Dworkineano de solución de conflictos

Dworkin considera que una vez reconocido un derecho fundamental en los casos más claros, el Gobierno debe actuar de manera tal que solo sea recortado cuando se presente una razón convincente que sea congruente con las suposiciones sobre las cuales debe basarse el derecho original²⁸. Siguiendo este modelo, tres posibles razones podrían ofrecerse para limitar la libertad física y de circulación:

1. *“Demostrar que los valores protegidos por el derecho original no están realmente en juego en el caso marginal o que lo están solo de forma atenuada”*²⁹.

Teniendo en cuenta los resultados de los informes relativos a las detenciones resulta claro que la libertad de circulación de un grupo de personas posible de ser detenidas se ve afectado por la existencia de casos como el merodeo. Más aún si se considera que el contenido de este tipo de contravenciones se termina definiendo por características económicas y socio-culturales³⁰ de los detenidos atentando contra su dignidad y su interés en ser tratados con igual consideración y respeto.

2. *“Demostrar que si se define el derecho de manera tal que incluye el caso marginal, se recortaría algún derecho concurrente en el sentido fuerte”*³¹.

En el caso bajo análisis, se debería demostrar que el derecho de propiedad se vería vulnerado si el merodeo o la conducta sospechosa no son sancionados. Sin embargo, no se han ofrecido estudios empíricos que demuestren que la existencia de esos casos contribuya a la reducción de hechos delictivos. Asimismo, existen otras normas destinadas a proteger la propiedad en el Código Penal previendo sanciones para conductas llevadas adelante en grado de tentativa.

Con respecto a quienes son detenidos arbitrariamente, existen informes e inclusive sentencias judiciales que demuestran que jóvenes de cierto nivel socio cultural —generalmente de sexo masculino de entre 18 y 25 años— son los principales afectados³². Conductas que no generan daño ni peligro no pueden justificar de manera suficiente la limitación de derechos fundamentales mediante la imposición de sanciones. A su vez, la existencia de casos que admiten una interpretación discrecional por parte del órgano de aplicación facilita que su actuación exceda los límites de razonabilidad de manera abusiva³³. Si bien se

²⁸ Íd., p. 296.

²⁹ Íd., p. 297.

³⁰ BOLATTI, V. *et al.*, “Promoción de Derechos Humanos en materia de Código de Faltas. Relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas en la Ciudad de Córdoba”, Córdoba, 2012, 7, <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>.

³¹ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009, p. 299.

³² BOLATTI, V. *et al.*, “Promoción de Derechos Humanos en materia de Código de Faltas. Relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas en la Ciudad de Córdoba”, Córdoba, 2012, 7, <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>.

³³ “El Código de Faltas facilita las detenciones ilegales,” *Cba24N*, 1015, sec. Policiales, <http://www.cba24n.com.ar/content/el-codigo-de-faltas-facilita-las-detenciones-ilegales>.

puede considerar que algunos de ellos son actos delictivos aislados, la gran cantidad y forma en que son cometidos demuestra que forman parte de un problema estructural en que el poder discrecional coadyuva³⁴.

3. *“Demostrar que si se definiera de esa manera el derecho se incrementaría el coste social de una magnitud tal que trascendería en mucho el coste pagado para conceder el derecho original”*³⁵.

Se debería demostrar que si el derecho a la libre circulación se encuentra definido de manera tal que el merodeo y la conducta sospechosa no pueden ser sancionados, ello tendría un coste social demasiado elevado. Como fue explicado en el apartado 2, no es cierto que la eliminación de esos casos traiga aparejado ese coste social elevado ya que existen normas penales destinadas a evitarlo. Por eso, parece razonable entender que las personas poseen libertad para merodear sin ser pasibles de recibir una sanción por contravención.

Conclusión

El modelo de derechos propuesto por Ronald Dworkin propone una serie de limitaciones que son de utilidad para analizar la normativa vigente en nuestro país puesto que, entre otras cosas, se encuentra basada en la necesidad de respetar la dignidad de las personas como así también su interés en ser tratados con igual consideración y respeto.

Aunque en este trabajo no han sido tratadas todas las modificaciones que introduce el nuevo Código de Convivencia Ciudadana, abandonar el antiguo Código de Faltas implicó mejoras. Algunos casos abiertamente inconstitucionales como la “mendicidad”, la “prostitución molesta o escandalosa” o la de “beber en la vía pública” han sido derogados. Sin embargo, en lo que respecta al anterior caso del merodeo, modificado por los actuales casos de merodeo en zona rural y conducta sospechosa, los cambios no han ido mucho más allá de modificar los términos empleados. Estos casos permiten un amplio margen de discrecionalidad en su aplicación, limitando uno de los derechos más fundamentales de las personas como es la libertad de circulación.

Si bien los ciudadanos son titulares de un derecho personal a la propiedad y el estado debe garantizar su protección, esa garantía no puede ser llevada adelante a cualquier precio. En particular, existen razones tanto jurídicas como morales que impiden sacrificar el respeto a los derechos fundamentales —o derechos en sentido fuerte— tales como la libertad de circulación por razones utilitarias. Si hay sectores de la sociedad que no están dispuestos a reconocerlo, ello no puede ser suficiente para admitir su vulneración puesto que se trata de reclamos no razonables que lejos de merecer respeto deberían ser controlados.

³⁴ MIEMBROS DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN “ACCESO A LA JUSTICIA: EL CASO DE LOS JÓVENES AFECTADOS POR LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE FALTAS” DEL PROGRAMA DE ÉTICA Y TEORÍA POLÍTICA (CIJS), “Informe sobre la actuación de la policía de la provincia de Córdoba en los operativos de saturación territorial del 2 y 3 de mayo de 2015”, accedido 30/06/2016.

³⁵ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009, p. 299.

Bibliografía

BOLATTI, V. - FRONTALINI REKERS, R. - JOB, S. - MOYANO, R., "Promoción de Derechos Humanos en materia de Código de Faltas. Relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas en la Ciudad de Córdoba", Córdoba, 2012, 55, <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>.

Cba24N, "El Código de Faltas facilita las detenciones ilegales", 1015, sec. Policiales. <http://www.cba24n.com.ar/content/el-codigo-de-faltas-facilita-las-detenciones-ilegales>.

— "El Comisario Márquez fue condenado a tres años de prisión," 11/05/2015, <http://www.cba24n.com.ar/content/el-comisario-marquez-fue-condenado-tres-anos-de-prision>.

— "Los nuevos catorce puntos del Código de Convivencia Ciudadana," 12/03/2015, <http://www.cba24n.com.ar/content/los-nuevos-catorce-puntos-del-codigo-de-convivencia-ciudadana>.

Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba, 2016. <http://www.policiacordoba.gov.ar/images/fotos/823/31.pdf>.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009.

Juzgado de Control de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, 2015, "Hábeas corpus presentado por el Dr. Hugo Omar Seleme a favor de los vecinos de los Barrios Arguello, Autódromo, Sol Naciente y Otros".

MIEMBROS DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN "ACCESO A LA JUSTICIA: EL CASO DE LOS JÓVENES AFECTADOS POR LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE FALTAS" DEL PROGRAMA DE ÉTICA Y TEORÍA POLÍTICA (CIJS), "Informe sobre la actuación de la policía de la provincia de Córdoba en los operativos de saturación territorial del 2 y 3 de mayo de 2015", accedido 30/03/2016. https://deepolitica.files.wordpress.com/2015/11/informe_sobre_la_actuacion_de_la_policia.pdf.

— "Observaciones al proyecto de Código de Convivencia Ciudadana de la provincia de Córdoba 2015", accedido 31/03/2016. <file:///C:/Users/Bangho/Downloads/cod%20convivencia/observaciones-codigo-de-convivencia.pdf>.



LOS ESTATUTOS DE LIMPIEZA DE SANGRE Y EL PATRÓN COLONIAL DE PODER*

Oswaldo Allione**

Resumen: El registro teórico desde el cual se aborda este texto es el de la colonialidad del poder. La colonialidad es un acontecimiento de larga duración —se inicia con la conquista de América y continúa hasta nuestros días— que hace referencia al carácter inacabado de la descolonización. Esta noción fue elaborada en el intento de comprender la permanencia y continuidad de la noción de raza como la principal forma de ejercer la dominación, aún después de los procesos emancipatorios del siglo XIX. La noción de raza, que surgió hace algo más de cinco siglos, es un constructo ideológico moderno diseñado como instrumento de dominación social. Se busca poner de manifiesto el rol desempeñado por los *Estatutos* en la construcción de la noción moderna de raza.

Palabras clave: raza - colonialidad - patrón de poder - indios - estatutos.

“En España es una especie de título de nobleza el no descender ni de judíos ni de moros; en América, la piel, más o menos blanca, decide la clase que ocupa el hombre en la sociedad. Un blanco, aunque monte descalzo a caballo, se imagina ser de la nobleza del país.”

HUMBOLDT, ALEXANDER VON: *Ensayo político sobre el Reino de la Nueva España*

El registro teórico desde el cual voy a abordar este texto es el de la colonialidad del poder, una categoría que fue desarrollada, a partir de la década del noventa, por el teórico peruano Aníbal Quijano. La colonialidad designa una característica del mundo moderno que hace referencia al carácter inacabado de la descolonización. Se diferencia, por tanto, del colonialismo, período histórico que en nuestro continente terminó en el siglo XIX con los procesos emancipatorios. La colonialidad, en cambio, tal como la desarrolló Quijano, es un acontecimiento de larga duración: se inicia con la conquista de América y continúa hasta nuestros días. Desde esta perspectiva, la colonialidad es la otra cara de la modernidad, o, dicho de otro modo, sin colonialidad no hay modernidad. Es más, con esta categoría Quijano afirma que la dominación se ejerce fundamentalmente por medios no coercitivos, logrando que los dominados naturalicen el imaginario cultural europeo como única manera plenamente humana de relacionarse con la naturaleza y con el mundo socio-político, en definitiva, de construir su subjetividad. De este modo, este pensador busca nombrar al patrón específico de dominación que se forjó en las colonias americanas desde 1492.

Esta propuesta de Quijano tuvo múltiples y diversas contribuciones, entre las que cabe destacar las de Walter Dignolo y el entronque que hizo Enrique

* Recibido 06/05/2016 - Aprobado 18/08/2016.

** Doctor en Filosofía (2005) UNC, Profesor Titular interino de “Problemas de Conocimiento y Formas de Razonamiento Jurídico” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Dussel desde su filosofía de la liberación. Para Quijano, el poder colonial que España —Europa— instauró a partir de la llegada a estas tierras se puso en práctica no sólo a través de la dominación económica, política y militar, sino que se ejerció y sustentó también, y primordialmente, consiguiendo que los dominados aceptaran como indiscutible la hegemonía epistémica de los paradigmas occidentales. Así, lo medular de esta propuesta hace al núcleo sobre el que se articuló la sociedad global a partir de finales del siglo XV hasta nuestros días, y desde el cual se legitimaron y naturalizaron las relaciones de dominación. Dicho núcleo consiste en la clasificación de la población mundial en torno a la noción de raza, por lo que el patrón de poder colonial encuentra su fundamento epistémico en la clasificación racial de las poblaciones. Por ello, tanto para Quijano como para Dussel o Mignolo, la crítica al poder colonial debe transitar, ineludiblemente, por un cuestionamiento de su núcleo epistémico. En otras palabras, hay que poner en cuestión a los saberes que justificaron y dieron legitimidad al dominio colonial.

En definitiva, la noción de colonialidad del poder fue elaborada en el intento de comprender la permanencia y continuidad de la noción de raza como la principal forma de ejercer la dominación, aún después de los procesos emancipatorios del siglo XIX. Quijano afirma que la colonialidad del poder

“[c]onsiste, en primer término, en una colonización del imaginario de los dominados. Es decir, actúa en la interioridad de ese imaginario [...] La represión recayó ante todo sobre los modos de conocer, de producir conocimiento, de producir perspectivas, imágenes y sistemas de imágenes, símbolos y modos de significación; sobre los recursos, patrones e instrumentos de expresión formalizada y objetivada, intelectual o visual [...] Los colonizadores impusieron una imagen mistificada de sus propios patrones de producción de conocimientos y significaciones”¹.

Así, la colonialidad del poder juega un rol decisivo en la estructuración de la sociedad, ya que la racialización instala entre los dominados un imaginario de inferioridad. De este modo, la raza adquiere un carácter definitorio en la posición que cada sujeto ocupa en la sociedad y en el espacio que cada pueblo ocupa en las relaciones de poder globales. Sobre esta plataforma España erigió y afianzó su dominio en América durante los siglos XVI y XVII, haciendo que la raza operara como principio de justificación científica del poder colonial europeo también en los siglos siguientes.

Algunas consideraciones en torno a la idea de raza

Cuando se habla de raza, habitual y generalizadamente se la asocia a rasgos fenotípicos, más propiamente, al color de la piel. En este sentido la idea de raza nos lleva a pensar en seres humanos negros o blancos. Esta idea, que instituye a la raza blanca caucásica como superior, fue considerada desde el siglo XVII hasta la primera mitad del siglo XX como una categoría científicamente fundada, aunque se careciera de una definición precisa y compartida de ella. Algunos hombres de ciencia aun pensaban que los grupos humanos presentaban diferencias en su patrimonio genético y hereditario, diferencias que afectaban a

¹ QUIJANO, A., “Colonialidad y Modernidad-Racionalidad”, en BONILLA, H., *Los Conquistados. 1492 y la población indígena de las Américas*, Flacso, Ediciones Librimundi, Santafé de Bogotá, p. 438.

sus capacidades intelectuales, morales y sociales, por las cuales podían ser considerados biológicamente superiores o inferiores con relación a otros. Estas ideas circulaban entre la Antropología, la Medicina, la Sociología, el Derecho, etc., y fueron tomadas en cuenta en el desarrollo de las políticas públicas. Ahora bien, a partir de la Segunda Guerra Mundial, las tipologías raciales “científicas” empezaron a ser desacreditadas y ya no son consideradas como tales². En nuestros días hay un consenso generalizadamente difundido, tanto en las ciencias sociales como en las naturales, que ha dejado de lado las reificaciones de la biología y piensa a la raza como un constructo histórico producto de diversas articulaciones de situaciones de dominación y ejercicio del poder que traspasan los límites del llamado “racismo científico” difundido desde el siglo XVII hasta la primera mitad del XX³.

El abordaje que se hace de la problemática de la raza desde la perspectiva de la colonialidad del poder, está fuertemente influenciado por los teóricos de la negritud Aimé Césaire y Franz Fanon. Tanto para Césaire, como para Fanon lo substancial de la noción de raza se sustenta en un binarismo jerárquico que sostiene la natural superioridad de unos y la inferioridad de otros, y que esta calidad o jerarquía se transmite de generación en generación. Para ambos pensadores, el colonialismo no se pone en práctica sólo con dispositivos de dominación material de las poblaciones, sino que también se ejerce, y muy particularmente, por medio de discursos de inferiorización de los colonizados. Esta representación de los europeos que inferioriza a los dominados, supone la deslegitimación de sus culturas, esto es, la demolición de las condiciones de reproducción y la desarticulación del sistema de referencias vitales. Ahora bien, la aniquilación de la propia cultura supone simultáneamente la imposición de nuevas formas de percibir y de vivir, desarrollando de este modo un imaginario de inferioridad con lo cual se constituye el instrumento esencial para ejercer la dominación física⁴. En palabras de Césaire: “la colonización trabaja para *descivilizar* al colonizado”⁵; énfasis en el original). Por su parte, Fanon afirma: “Lógicamente no es posible someter a la servidumbre a los hombres sin inferiorizarlos parte por parte. Y el racismo no es más que la explicación emocional, afectiva, algunas veces intelectual, de esta inferiorización”⁶. De ahí que el racismo actúe como uno de los componentes de la imposición colonial: “El racismo, lo hemos visto, no es más que un elemento de un conjunto más vasto: el de la opresión sistemática de un pueblo”⁷. Asumiendo el registro teórico de Césaire y de Fanon, Quijano y Mignolo concuerdan en argumentar que el colonialismo es el espacio en el que surge y opera el racismo como inferiorización del otro.

En un artículo publicado en 1998 “¡Qué tal raza!”⁸, Quijano precisa lo que entiende por raza. Allí afirma que debe ser estudiada como un patrón de

² POGLIANO, C., *L'ossessione della razza. Antropologia e genetica nel xx secolo*, Edizioni della Normale, Pisa, 2005, pp. 103-120.

³ HALL, S., *Sin garantías: trayectorias y problemáticas en estudios culturales*, Envió Editores-Instituto Pensar-Instituto de Estudios Peruanos-Universidad Andina Simón Bolívar Bogotá-Lima-Quito, 2010, pp. 287-299.

⁴ FANON, F., *Por la Revolución Africana*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 38.

⁵ CÉSAIRE, AIMÉ, *Discurso sobre el colonialismo*, Akal, Madrid, 2006, p. 15.

⁶ FANON, ob. cit., p. 48.

⁷ Ídem, p. 40.

⁸ QUIJANO, A., “¡Qué tal raza?”, en *Ecuador Debate. Etnicidades e identificaciones*, Quito, N° 48, diciembre 1999, pp. 141-152.

clasificación social que recurre a una supuesta diferencia y jerarquía de orden biológico entre los europeos y no europeos. Esta concepción de raza establecía una clasificación arbitraria que suprimía la historicidad, ya que se fundaba en la diferencia de naturaleza entre el europeo y el no-europeo. Dicho de otro modo, cuando los españoles llegaron a estas tierras se encontraron con seres humanos diferentes, a los cuales identificaron como inferiores en razón de esa diferencia. Es más, concibieron esa diferencia como algo que se transmitía biológicamente de padres a hijos, por lo cual había un sustrato natural de la inferioridad. Se puede afirmar, entonces, que la diferencia cultural fue procesada como inferioridad racial⁹. Avanzando en esta línea argumental, Mignolo piensa que la raza es una clasificación de individuos desde la perspectiva de un modelo paradigmático de humanidad. En sus propias palabras: “La cuestión de la ‘raza’ no se relaciona con el color de la piel o la pureza de la sangre, sino con la categorización de individuos según su nivel de similitud o cercanía respecto de un modelo presupuesto de humanidad ideal”¹⁰. Y más adelante agrega:

A mediados del siglo XVI, Las Casas proporcionó una clasificación racial aunque no tuviese en cuenta el color de la piel. *Era racial porque clasificaba a los seres humanos en una escala descendente que tomaba ideales occidentales cristianos como criterio para la clasificación*. La categorización racial no consiste simplemente en decir “eres negro o indio, por tanto, eres inferior”, sino en decir “no eres como yo, por tanto eres inferior”¹¹.

Por ello la noción de raza que surgió hace algo más de cinco siglos es un constructo ideológico moderno diseñado como instrumento de dominación social: “se trata de un desnudo constructo ideológico, que no tiene, literalmente, nada que ver con nada en la estructura biológica de la especie humana y todo que ver, en cambio, con la historia de las relaciones de poder en el capitalismo mundial, colonial/moderno, eurocentrado”¹². Esta idea de raza nace, entonces, con América a partir de la diferenciación entre los europeos como superiores y los “indios”¹³ como naturalmente inferiores. “Desde entonces, las viejas ideas de ‘superioridad-inferioridad’ implicadas en toda relación de dominación, quedaron asociadas a la naturaleza [...] de una escala de desarrollo histórico que va desde lo ‘primitivo’ (lo más próximo a la naturaleza, que por supuesto incluía a los ‘negros’ ante todo y luego a los ‘indios’) hasta lo más ‘civilizado’ (que, por supuesto, era Europa)”¹⁴. Con lo cual la raza no sólo se convirtió en el eje articulador de clasificación y estructuración social, con el que España consolidó su dominio en América durante tres siglos, sino que también sirvió como legitimación racional del poder colonial europeo en los siglos posteriores. Esto fue así debido a la centralidad de España en el sistema mundo que emerge a partir del “descu-

⁹ Por este motivo Mignolo no va a nombrar a la diferencia como cultural, sino como diferencia colonial.

¹⁰ MIGNOLO, W., *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, Gedisa, Barcelona, 2007, p. 4.

¹¹ Ídem, p. 43. Énfasis en el original.

¹² QUIJANO, A., “Raza, etnia y nación en Mariátegui. Cuestiones abiertas”, en *José Carlos Mariátegui y Europa. La otra cara del descubrimiento*, Amauta, Lima, 1992, p. 39.

¹³ Denominación homogeneizadora con la que los españoles inferiorizaron y racializaron a los originarios de estos territorios.

¹⁴ QUIJANO, A., “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en LANDER, EDGARDO (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. CLACSO, Buenos Aires, 2000, p. 208.

brimiento” de América; la idea de raza organiza, entonces, desde ese momento, a la población mundial en un orden jerárquico, convirtiéndose, de esta manera, en el principio ordenador de la división mundial del trabajo y del sistema patriarcal global. Es por esto que, si bien la idea de raza como binarismo jerárquico puede encontrarse en diversos tiempos y culturas, es recién con la formación del sistema-mundo en el siglo XVI que se convierte en la base epistémica de un patrón de poder mundial que continúa hasta nuestros días, organizándose y legitimándose de diversas maneras¹⁵.

La clasificación de la población mundial en razas, estableció, por lo tanto, para cada una de ellas, un lugar fijo e inmóvil en la escala jerárquica social y en su capacidad para producir acciones y saberes legítimos. Así, sólo la superioridad natural de Europa le permite desarrollar prácticas y conocimientos plenamente humanos. Por esta razón, la idea de raza se encuentra relacionada a la diferenciación y jerarquización de los estratos poblacionales destinados a ser fuerza de trabajo, ya que, en torno a dicha idea se organizaron todas las formas conocidas de control del trabajo, de sus recursos y de sus productos. Desde este punto de vista, entonces, la emergencia del concepto de raza, la expansión del colonialismo europeo y el surgimiento del capitalismo son procesos íntimamente vinculados. Dicho de otro modo, la raza no es un elemento añadido a las estructuras económicas y políticas del sistema mundial capitalista, sino una parte constitutiva integral del “sistema mundo moderno-colonial”¹⁶.

Sin embargo, no se puede desconocer que en el siglo XVI la noción de “raza” aún no había sido desarrollada. En España las personas eran clasificadas en términos religiosos, estableciendo dicha clasificación un principio de superioridad y de exclusión de los que eran considerados inferiores, por ser judíos o musulmanes. Esta categorización pretendía sustentarse en una evidencia asociada al cuerpo, evidencia transmitida biológicamente por los padres a sus hijos, a la que denominaron “limpieza de sangre”, pero que tenía fundamentalmente una dimensión religiosa, ya que dicha “pureza de sangre” sirvió para diferenciar a los cristianos. Tal como se había desarrollado en la península ibérica, esta noción buscaba determinar el linaje, esto es, establecer una genealogía libre de hejías y que no tuviera máculas en lo que a la ortodoxia cristiana respecta¹⁷.

Breve noticia sobre los “Estatutos”

A raíz de la persecución sufrida por los judíos en España y Portugal hacia fines del siglo XIV, un gran número de miembros de la comunidad sefardí creyó que la mejor alternativa que se presentaba para sobrevivir era la conversión al cristianismo. Un siglo más tarde se repitieron las conversiones en masa, como consecuencia del Edicto de Expulsión de los Judíos promulgado por los Reyes Católicos en 1492. La “conversión” al cristianismo parecía ser, entonces, la solución para “el problema judío”. Sin embargo, se convirtió en una dificultad mayúscula para aquellos que procuraban sostener su propia hegemonía por medio

¹⁵ Ídem, pp. 202-210.

¹⁶ GROSFUGUEL, R., “La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global”, *Tabula Rasa*, Bogotá - Colombia, N° 4: 17-48, enero-junio de 2006.

¹⁷ MIGNOLO, W., *Historias Locales, Diseños Globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*, Ed. Akal, Sevilla, 2003, pp. 158-176.

de la homogeneidad religioso-social establecida por el catolicismo, ya que, según el derecho canónico, los conversos disfrutaban de los mismos derechos que los “cristianos viejos”, disponiendo por esta prerrogativa de vastas posibilidades profesionales y de una gran movilidad social. Esta situación socavaba el estatus y los privilegios de aquellos cristianos viejos, que comenzaron a considerar a los judíos y a los musulmanes, aun bautizados, como “impuros de sangre”, supuestos portadores de un linaje maculado¹⁸. A esta situación se agregaba el hecho de que algunos conversos continuaron practicando su antigua religión, con lo cual se convertían en herejes. Se generaron entonces acciones de persecución a los conversos porque se los presumía herejes, aunque lo que realmente se buscaba era impedir que ellos ejercieran en plenitud los derechos adquiridos. Por este motivo, a finales del siglo XV y hasta mediados del siguiente, se dieron en Castilla sucesivas oleadas de persecución religiosa y de guerras de pureza. Los cristianos viejos consideraban que los derechos adquiridos por los neófitos violaban sus propios derechos y privilegios. Por este motivo desarrollaron instrumentos que les impidieran a los judíos convertidos al cristianismo el ingreso a las instituciones del poder y del saber. En este contexto es en el que surgieron los “Estatutos de Limpieza de Sangre”. Estos comenzaron a aplicarse en el Concejo de Toledo en 1449, propagándose ininterrumpidamente durante los siglos XV, XVI y XVII. El objetivo fundamental era descubrir la identidad y las prácticas de los que se sospechaba que eran falsos cristianos. Los Estatutos consistían, básicamente, en investigar el linaje genealógico de las personas sospechadas, a las que se abrían procesos de indagación sobre los pensamientos, sentimientos y actos, para establecer cómo se transmitían las características negativas de madres y padres. De esta manera se establecía en qué forma y con qué categorías debía juzgarse la calidad de las personas. Así, mucho antes de los racismos científicos que se desarrollaron desde el siglo XVII, aquel régimen simbólico de clasificación de las personas por su linaje genealógico, constituyó un sistema de clasificación social que se transmitía de padres a hijos a través de la sangre¹⁹.

La historiadora mexicana María Elena Martínez dice que “descendencia y religión, sangre y fe fueron los dos fundamentos de la ideología de los estatutos”²⁰. Así, dado que la sangre operaba como símbolo de la continuidad e integridad de los linajes cristianos, la certificación de la “limpieza de sangre” instituyó un nuevo régimen legal de segregación y discriminación, dado que, aun convertidos y aunque los bautismos fueran ya de larga data, los judíos seguían siendo segregados por su linaje. Ahora bien, dado que esto entraba en clara contradicción con la doctrina cristiana que establece que el bautismo es el modo de integrarse al cristianismo, fue necesario erigir un constructo teórico que diera legitimidad a la letra y la práctica de los Estatutos. Fue entonces cuando se empezó a argumentar en tratados y folletos que la “sangre judía” de los “cristianos nuevos” conservaba sus propiedades impuras y, consiguientemente, los judíos heredaban las tendencias al mal. Así, el Fraile Torrejoncillo en su trabajo “Centinela contra los Judíos” (1674), desarrolló la teoría de que el ser judío tenía su origen

¹⁸ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L., *Judíos españoles en la Edad Media*, Ed. Rialp, Madrid, 1980, pp. 201-215.

¹⁹ HERING TORRES, M., “Raza: Variables Históricas”, *Revista de Estudios Sociales*, No 26, Bogotá, abril de 2007, pp.16-27.

²⁰ MARTÍNEZ, M. E., *Genealogical Fictions: Limpieza de Sangre, Religion, and Gender in Colonial Mexico*, Stanford University Press, Stanford, California, 2008, p. 1.

en la sangre, sin importar si la persona estaba bautizada. “[Para] ser enemigos de Christianos [...] no es necessario ser padre, y madre iudios, uno solo basta: no importa que no lo sea el padre, basta la madre, y esta aun no entera, basta la mitad, y ni aun tanto, basta un quarto, y aun octavo, y la Inquisición Santa ha descubierto en nuestros tiempos que hasta distantes veinte un grados se han conocido judaiçar”²¹. En ese contexto persecutorio se formó el tribunal especializado por excelencia en el reconocimiento de la herejía y de aquellos que la practicaban: el “Santo Oficio de la Inquisición”. La necesidad de disponer de una “definición legal” de los “cristianos nuevos”, es lo que llevó a la creación de la Inquisición española a los efectos de identificar a los “judíos secretos”. El tribunal comenzó su trabajo en la ciudad de Sevilla en el año 1483. Su escrupulosa tarea permitió la propagación de los Estatutos de Limpieza de Sangre no sólo en el Viejo Mundo, sino también, ya desde el s. XVI, en el Nuevo. De esta manera, la Inquisición cumplió un rol decisivo en el surgimiento de una ideología española y cristiana obsesionada con la genealogía y con la idea de que tener un “linaje puro” era el signo incuestionable de pertenencia aristocrática, no tanto a una fe común, sino a un estatuto humano superior²². Así, la noción de “limpieza” tiene la particularidad de hacer aparecer criterios de diferenciación que no son únicamente religiosos. En este contexto aparece el término “raza” como la representación de un “defecto”, una “tara”, una “mácula”, en la ascendencia²³ (Hering Torres, 2006). El filólogo Sebastián de Cobarrubias lo definía en el “Tesoro de la lengua castellana o española” (1611) de la siguiente manera: “RAZA, [...] en los linages se toman en malaparte, como tener alguna raza de Moro, o Judio” (en Hering Torres, 2006b, pp. 221-222). Estamos, por cierto, ante una idea de raza muy distinta de la utilización que se le dará en el siglo XIX. En la controversia por la puesta en práctica de los “Estatutos de Limpieza de Sangre” realizada en el Cabildo Catedralicio de Toledo en 1547, el arzobispo Juan Martínez de Silíceo²⁴ —quien seguramente fue el mayor ideólogo de este régimen— utilizó el término “raza” para referirse a la “limpieza de sangre”: “[...] se propuso un estatuto por nos Arzobispo de Toledo en esta Santa Iglesia en el cual se contenía desde aquel día en adelante todos los Benefiziados de aquella Santa Iglesia a Dignidades como Canonigos Razioneros Capellanes y clerzones fuesen cristianos Viejos sin raza de Judio ni de Moro ni hereges [...]”²⁵. De este modo, con el Estatuto de Limpieza de Sangre se implantó en la médula de la sociedad castellana un instrumento procedimental que permitía una clasificación genealógica perfectamente establecida. Es así que, lo que en sus comienzos fue un instrumento para asegurar la pureza e integridad de la fe, se convirtió rápidamente en un dispositivo que generó un orden sociopolítico jerárquico y excluyente, asentado casi únicamente en la sangre, esto es, en el linaje y alcurnia familiar²⁶. Así, mediante un proceso de clasificación genealógica, una persona podía atestiguar su pureza de sangre, lo cual lo legitimaba como

²¹ En HERING TORRES, M., “Limpieza de Sangre ¿Racismo en la Edad Moderna?”, en *Tiempos Modernos*, Revista electrónica de Historia Moderna, vol. 4, Nº 9, 2003.

²² CASTRO, A., *Simbiosis cristiano-judaica. Limpieza de Sangre e Inquisición*, Ed. Crítica, Barcelona, 1984, pp. 509-531.

²³ HERING TORRES, M., ob. cit.

²⁴ HERING TORRES, M., ob. cit.

²⁵ Ídem.

²⁶ BRENDECKE, A., *Imperio e información. Funciones del saber en el dominio colonial español*, Iberoamericana - Vervuert, Madrid - Frankfurt, 2012, cap. 7.

cristiano y lo posicionaba socialmente. Por otra parte, la doctrina de la “limpieza de sangre” nos muestra que, a través de un argumento teológico, se puede construir un determinismo biológico que ubica a las personas en una condición de inferioridad natural, no solo en el orden religioso sino también en el biológico. De esta manera, quien estaba en condiciones de acreditar un linaje inmaculado proveniente de cristianos viejos, tenía el camino despejado para lograr acceder a las posiciones sociales más encumbradas de cualquier institución, sea ésta religiosa o secular. Por el contrario, quien no podía acreditar un linaje puro, estaba sujeto a la segregación y a ocupar los lugares sociales más descalificados. Así, el Estatuto de Limpieza de Sangre fue también un modo de clasificación y de estructuración de la sociedad, ya que fijaba la posición social que cada uno podía ocupar²⁷.

El Estatuto de la Limpieza de Sangre en el “Nuevo Mundo”

El libro *The Modern World-System* de Inmanuel Wallerstein produjo un desplazamiento epistemológico importante en la teoría social en la década del setenta del siglo pasado. Allí analiza lo decisivo del “descubrimiento” de América ya que, a partir de ese acontecimiento se conforma una nueva entidad geopolítica el sistema-mundo-moderno. El flujo comercial entre las Indias Occidentales y España y Portugal desarrolla el circuito comercial del Atlántico. Lo significativo de la teoría de Wallerstein es que muestra que, desde el siglo XVI, el Mediterráneo deja de ser el eje sobre el que gira la historia de Europa y la de aquellas regiones con las cuales estaba ligada, historia que —así la concibe Hegel— es para los europeos la historia universal. A partir de este corrimiento del eje de la historia mundial, Europa se provincializa, o, dicho de otro modo, la historia de Europa no es sino una historia regional más, como tantas otras. Desde esta perspectiva, de ahora en más lo importante ya no es el estudio de Europa como tal, sino del “sistema-mundo” con toda su diversidad y complejidad estructural (centros, periferias y semiperiferias)²⁸. Sin embargo, para Mignolo, si bien Wallerstein disuelve el eurocentrismo al desplazar el eje de la historia mundial, su proyecto está todavía demasiado centrado en Europa ya que no le da a las culturas no-europeas toda la entidad que éstas tienen y no les reconoce el impacto global que produjeron. De esta manera, sigue sosteniendo una cierta supremacía cultural europea. En pocas palabras, no concibe a los acontecimientos surgidos de la conquista de América como unidades geoculturales²⁹. Si bien Wallerstein señala acertadamente que América es determinante en la conformación del sistema-mundo-moderno, su perspectiva es todavía eurocéntrica, ya que sostiene que la primera geocultura de este sistema es el liberalismo que se formó recién en siglo XVIII, a partir de la difusión mundial de la Revolución Francesa. Por este motivo, según piensa Mignolo, Wallerstein sigue ligado al mito erigido por los filósofos de la Ilustración según el cual, la *segunda* modernidad, la que surge en siglo XVII,

²⁷ BENITO RUANO, E., *Los orígenes del problema converso*, edición digital: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2003. <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor-din/los-origenes-del-problema-converso>.

²⁸ WALLERSTEIN, I., *El moderno sistema mundial II. El mercantilismo y la consolidación de la economía-mundo europea, 1600-1750*, Siglo XXI Editores, México, 1984, *passim*.

²⁹ MIGNOLO, W., *Historias Locales, Diseños Globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*, Ed. Akal, Sevilla, 2003, pp. 355 y ss.

es la modernidad por excelencia (Mignolo, 2000)³⁰. Así, la primera modernidad surgida a partir de fines del siglo XV y la geocultura que ella genera es completamente invisibilizada. En síntesis, lo que Wallerstein no puede percibir es que en el mismo momento de la llegada de los españoles a estas tierras, surgió el primer gran “discurso” del mundo moderno. Para Dussel, Quijano y Mignolo, entonces, la modernidad no comienza con la Ilustración en los siglos XVII y XVIII, tal como lo entiende Habermas, tampoco con las teorías de Rousseau y Marx, como sugiere Lyotard, sino que se desarrolla progresivamente desde finales del siglo XV con el entramado que se da entre la racionalidad formal, la aspiración a la dominación del mundo por parte de Europa y la emergencia del mercado mundial. Por eso, la modernidad no es un proceso que se resuelva en la dinámica interna de la historia europea, sino que es parte de una compleja articulación colonial de poder epistémico, político y económico.

De esta manera, al sacar a Europa del centro de la historia universal y al pensar a la modernidad como un acontecimiento que no es el mero producto de la dinámica interna europea, surgen otras perspectivas de la historia mundial. Así, desde el punto de vista de la colonialidad, y como venimos diciendo, el primer gran relato global o universal de los tiempos modernos no proviene originariamente de la creencia burguesa liberal de la Revolución Francesa, sino de la ideología y las prácticas aristocráticas españolas, en el cual jugó un rol determinante el discurso de la limpieza de sangre. Este discurso funcionó desde el siglo XVI como la primera taxonomía de la población mundial. En palabras de Mignolo, esto significa que, en razón de la supremacía mundial alcanzada por España durante los siglos XVI y XVII, un esquema clasificatorio perteneciente a una *historia local* —la cultura medieval—, se volvió un *diseño global* que sirvió para clasificar a las poblaciones de acuerdo a su posición en la división internacional del trabajo (Mignolo, 2003).

Para Mignolo la afirmación de la superioridad europea sobre las poblaciones colonizadas estaba situada en el presupuesto epistémico del *Orbis Universalis Christianus* en el cual se representaba al orbe dividido en tres territorios: Asia la tierra de Sem, África la tierra de Cam y Europa la tierra de Jafet³¹. En esta representación europea del mundo, el Nuevo Mundo no tenía un espacio, ya que no podía constituir un cuarto territorio que se agregara a los tres ya conocidos. Los territorios americanos fueron representados entonces como una continuación del territorio de Jafet, es decir como una prolongación de Europa. Por ello en 1523 los territorios conquistados por España fueron jurídicamente incorporados en el reino de Castilla. Desde entonces los “indios”, fueron vasallos de la Corona y ésta asumía una responsabilidad sobre ellos, ya que en términos legales y religiosos tenían el estatus de gentiles o paganos, dado que no conocían las Sagradas Escrituras. Sus almas inocentes debían ser salvaguardadas del pecado y del error, tarea que sólo los europeos podían realizar ya que sólo de Europa provenía la luz del conocimiento verdadero sobre Dios. La Corona delegó, entonces, en la Iglesia la tarea de educarlos en la fe verdadera. Por todos estos motivos, los españoles entendieron que estaba plenamente justificado y legitimado la apropiación y el usufructo de los recursos naturales y la opresión y expoliación de las poblacio-

³⁰ Ídem.

³¹ Según el texto bíblico, Sem, Cam y Jafet eran los hijos de Noé (cf. Gn. 9:18-19; 10:1).

nes. La evangelización se presentó, entonces, como un objetivo que determinó que sólo los “cristianos viejos”, es decir, aquellos que no tenían su sangre maculada por la mezcla con judíos, moros (pueblos descendientes de Cam o de Sem) o herejes, fueran los que se podían establecer legítimamente en el Nuevo Mundo. Las Indias Occidentales resultaron ser, entonces, el lugar natural para el ensanchamiento de la cultura cristiana del hombre blanco europeo. La consecuencia de esta política fue que se impuso un modelo humano paradigmático que no debía ser contaminado, esto es, había que conservar al europeo blanco con linaje reconocido. De esta manera, de acuerdo a la interpretación de Mignolo, el discurso de la limpieza de sangre —con todas las derivas y adaptaciones que tuvo en las colonias— es el primer imaginario geocultural del sistema-mundo que se incorpora en los modos de percepción que los españoles tenían de originarios, africanos y mestizos, legitimando a la vez la división racial del trabajo y el flujo de personas, capital y materias primas a nivel global. Mientras en España la limpieza de sangre fue una exigencia de índole religiosa, en América se va convirtiendo paulatinamente en un asunto racial y sólo accesoriamente una cuestión de fe. La lucha por la limpieza de sangre en el mundo colonial se secularizó para estigmatizar las infiltraciones de otros grupos sociales en el mundo del cristiano de pura cepa. Según María Elena Martínez “en Hispanoamérica la noción de pureza gradualmente comenzó a ser igualada con ascendencia española, una idea que tenía poco significado en el contexto metropolitano”³². A falta de judíos o moros que erradicar, las infecciones con sangre de indios, y más aún, los africanos, se convirtieron en el problema a descubrir. Lo interesante, sin embargo, es que las nuevas preocupaciones sociales no desplazaron del todo, sino que se superpusieron, a las viejas obsesiones de la pureza religiosa; en cualquier caso, se sumaron a ellas para delimitar al sujeto sin mácula. De allí que, en América, las desigualdades sociales se asentaron no sólo en los distintos niveles de vida material (ricos o pobres) sino, y muy particularmente, en las diferencias provenientes de la sangre y la pertenencia a un linaje. Consecuentemente, la subjetividad de la primera Modernidad no está vinculada en su surgimiento a la burguesía, sino que esa subjetividad se enlaza en su emergencia con el imaginario aristocrático español de la blancura³³. Dicha subjetividad engendra su identidad fundada en la diferencia racial ante el otro y esto es lo que especifica la primera geocultura del sistema-mundo-moderno/colonial.

Ahondando en el tema, con el desarrollo económico que tuvieron las ciudades coloniales, la sociedad fue cada vez más jerárquica y se cohesionó en torno a los grupos con estirpe y alcurnia familiar, antigua y reconocida. De este modo, para impedir la propagación de las mezclas, las oligarquías coloniales se pensaron a sí mismas en términos de un cuerpo civil criollo cuya pureza social había que defender. Por este motivo los criollos fundaron su hegemonía en alianzas familiares que fortalecían la honorabilidad de sus linajes y, al mismo tiempo, impedía las intromisiones ilícitas. Dicho de otro modo, la sociedad se conglomeró en torno a los linajes familiares, profundizándose de esta manera, la afirmación de valores como el origen de las personas junto con la limpieza de sangre

³² MARTÍNEZ M. E., *Genealogical Fictions: Limpieza de Sangre, Religion, and Gender in Colonial Mexico*, Stanford University Press, Stanford, California, 2008, p. 2.

³³ Ídem.

y legitimidad de nacimiento³⁴. Se presumía que mestizos, producto de relaciones desiguales, eran seres biológica y culturalmente inferiores y, por esto mismo, sospechosos de herejía. Su presencia ponía en riesgo la integridad criolla, sustentada en la pureza étnico-racial, que garantizaba costumbres y formas de vida moralmente correctas. Eran persona de calidad, de buena familia. Por este motivo el mestizo quedaba recubierto de un halo de pecado y contaminación que era necesario eliminar. Para hacerlo era imperioso establecer una barrera social, que alejara a los españoles de la posibilidad de mezclarse con indios, negros o mestizos. Por este motivo, los grupos de sangre mezclada fueron definidos jurídica y económicamente como inferiores y, como tales, legalmente incapacitados para mezclarse con los superiores. Así, limpieza de sangre y legitimidad de nacimiento adquirieron status distintivo en las nacientes sociedades americanas y se convirtieron en una condición indispensable para pertenecer a los grupos de privilegio. Por lo demás, para los criollos se convirtió en la única credencial para pertenecer a la aristocracia³⁵. Por estas razones el fenotipo de los individuos (blanco, negro, indio, mestizo), comenzó a adquirir importancia como elemento de marcación social, y aunque no fue la única, si era una marca perceptible que jugaba un rol decisivo en su posicionamiento en la sociedad.

Del cuidado que tuvieron las élites criollas por evitar cualquier sospecha sobre su linaje europeo surgieron diversas taxonomías que buscaban establecer cuál era la posición social de las personas; así nacieron las castas. La emergencia de éstas en el siglo XVII en el Nuevo Mundo, tiene su origen en la aparición de la nueva realidad social derivada del contacto de indios, españoles y negros. El historiador sueco Magnus Mörner ha señalado que la noción de “casta” fue usada por las élites en la época de la colonia para marcar a las personas de sangre mezclada. La palabra “castas” se utilizó, entonces, para definir a los estratos que, a través de mestizajes múltiples, no respondían a la configuración inicial de las comunidades³⁶. En este contexto genuinamente americano, los instrumentos llegados a América para definir la limpieza de sangre de los miembros de la comunidad recibirán un nuevo sentido y derivarán en prácticas y criterios simbólicos que no tenían sentido alguno en el mundo castellano. Las castas sirvieron para

³⁴ Ídem.

³⁵ JARAMILLO URIBE, J., “Mestizaje y diferenciación social en el Nuevo Reino de Granada”, en *Ensayos de Historia Social Colombiana*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1968, pp. 163-233.

³⁶ MÖRNER, M., *La mezcla de las razas en la historia de América latina*, Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 68. Basta como ejemplo esta lista que corresponde a la Nueva España del siglo XVIII:

1. De español e india, mestizo.
2. De mestizo y española, castizo.
3. De castiza y español, español.
4. De española y negro, mulato.
5. De español y mulata, morisco.
6. De morisca y español, albino.
7. De español y albina, torna atrás.
8. De indio y torna atrás, lobo.
9. De lobo e india, zambaigo.
10. De zambaigo e india, cambujo.
11. De cambujo y mulata, albarazado.
12. De albarazado y mulata, barcino.
13. De barcino y mulata, coyote.
14. De mujer coyote e indio, chamiso.
15. De chamisa y mestizo, coyote mestizo.
16. De coyote mestizo y mulata, ahí te estás.

reelaborar toda una jerarquía de las calidades que distinguían a los individuos. De este modo, toda la variedad de conceptos y palabras que definían el perjuicio y la exclusión de judíos, judaizantes y marranos fueron poco a poco sustituidas por una colorida descripción de las castas³⁷. A través de estas tipificaciones, las élites fundaban un orden social y elaboraban representaciones sobre el lugar que ellos y las castas debían ocupar en ese orden. Ahora bien, la marcación racial no se sustentaba en meras estimaciones subjetivas de las élites, sino que estaban regladas por un ordenamiento legal —esto es, los Estatutos de Limpieza de Sangre—, por el cual se ubicaba a cada individuo en un grupo racial. Así, el discurso racial y segregacionista de la limpieza de sangre formaba parte integral del imaginario de la elite criolla dominante, en tanto que operaba como principio de resguardo de privilegios e instrumento de dominación. El ideal de la blancura, originado y sostenido por el discurso de la limpieza de sangre, era una aspiración generalizada en la sociedad colonial y funcionaba como el núcleo en torno al cual se erigía la subjetividad de las personas. Por lo demás, hay que hacer notar que ser blanco no tenía que ver tanto con el color de la piel, sino con la posibilidad de situarse dentro de un imaginario cultural entrelazado por creencias religiosas, modos de producción de saberes, posesiones económicas, conductas sociales, etc. La articulación de estos emblemas culturales constituía de suyo un capital simbólico que posicionaba socialmente a las personas ubicándolas dentro del imaginario de la blancura. Así, el concepto de raza estaba —y está— ligado a estructuras económicas, políticas, sociales e ideológicas que van más allá de lo puramente biológico: la dimensión cultural, y muy especialmente lo concerniente a la religión, ocuparon —en el mudo colonial— un lugar preponderante en su construcción y funcionamiento. En definitiva, el ideal de la blancura que se difundió por el Nuevo Mundo fue el del señorío aristocrático español.

Para finalizar

Como vengo diciendo, en sus orígenes el binarismo jerárquico que supone la noción moderna de raza no está asociado a la idea de color de la piel. Como bien apunta Martínez presentar el problema de limpieza en esos términos es caer en una trampa conceptual, al confiar en una definición rígida de raza que hace que las construcciones biológicas y cultural/religiosas de la diferencia sean mutuamente excluyentes; el concepto no siempre necesita a la biología para hacer su trabajo³⁸. Por ello Quijano afirma que la primera raza en sentido moderno fue la de los “indios”, y que después los afroesclavizados fueron racializados como “negros”, con lo cual los europeos comenzaron a construir su identidad como “blancos” contrapuesta a la de los dominados. Así, color y raza son dos constructos, de los cuales color se impone como sinónimo de raza recién en el siglo XIX. De allí que, a partir de la diferencia que los españoles establecen con los africanos, las identidades dominadas —también “indios” y “mestizos”— comienzan a ser asociadas con el color de la piel. Así se consolidó un régimen clasificatorio y de superioridad racial, denominado “sistema de castas” que, si bien está arraigado en las diferencias culturales, resalta las marcas fenotípicas

³⁷ MARTINEZ M. E., ob. cit., p. 56.

³⁸ Ídem, p. 59.

como elemento categórico para la diferenciación³⁹. Dicho de otra manera, si bien los rasgos físicos comienzan a tener una significación importante en el régimen que imponen las taxonomías sociales, lo más revelador sigue siendo el hecho de que los españoles procesen las diferencias culturales en términos de superioridad biológica. Estamos, pues, ante distinciones y jerarquizaciones naturalizadas, imaginariamente biológicas, entre culturas hegemónicas y culturas subordinadas. Por lo demás, hay que agregar que no se puede desechar y quitar relevancia al “color” en las taxonomías raciales. En el pensamiento de Quijano: “El ‘color’ de la piel fue definido como la marca ‘racial’ diferencial más significativa, por más visible, entre los dominantes/superiores o ‘europeos,’ de un lado, y el conjunto de los dominados/inferiores ‘no- europeos,’ del otro lado”⁴⁰.

Es manifiesto, entonces, que la noción de raza se transformó con el tiempo y que no se la representó de la misma manera en el siglo XVI a lo que llegó a ser durante la revolución biologicista del siglo XIX, la cual produjo taxonomías “científicas” que fundan la supuesta superioridad biológica de unos seres humanos sobre otros. Con todo, se puede decir que hay una cierta similitud entre el racismo del siglo XIX y las ideas de los colonizadores con respecto a los grados de humanidad de los colonizados. En el siglo XIX, cuando la ciencia reemplazó a la religión, la clasificación racial pasó del paradigma de la “mezcla de sangre” al del “color de la piel”. A pesar de las distintas configuraciones, el paradigma esencial del mundo moderno/colonial para la clasificación epistemológica de las personas, estaba basado en distinciones raciales, y, ya que fuera de piel o de sangre, los rasgos discriminadores eran siempre físicos. Por lo tanto, se puede decir que el racismo científico y la idea de raza fueron las expresiones manifiestas de un talante o disposición del ánimo más general y difundido sobre la humanidad de sujetos colonizados y esclavizados en las Américas y en África, desde finales del siglo XV. Lo que surgió en ese momento fue un concepto de raza fluido, profundo y potente, que se manifiesta aún hoy en una actitud caracterizada por un binarismo jerárquico en el cual el hombre blanco occidental se considera superior a cualquier otro diferente. Este modo de caracterizar al diferente legitimó a lo largo del tiempo cualquier tipo de barbarie ejercida desde los valores de la cultura occidental.



³⁹ QUIJANO, A., *La Economía Popular en América Latina Lima*, CEIS-Mosca Azul, 1998.

⁴⁰ QUIJANO, A., “Colonialidad del poder y clasificación social”, en ARRIGHI, GIOVANNI - GOLDFRANK, WALTER L. (eds.), *Festschrift For Immanuel Wallerstein*, en *Journal of World Systems Research* (Colorado), vol. VI, N° 2, Fall/Winter 2000, pp. 342-388, Special Issue, p. 375.

MUTACIONES NORMATIVAS EN EL CAMPO JURÍDICO ARGENTINO: SU ROL EN EL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE CAMPAÑAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO*

Maximiliano Campana**

Resumen: Desde la última reinstauración democrática, importantes cambios se vienen produciendo en el campo jurídico argentino, particularmente en cuestiones vinculadas al reconocimiento y efectivización de derechos difusos. Estos cambios incentivaron a que diversos grupos y organizaciones comenzaran a ver al poder judicial como un espacio atractivo para la instalación de sus demandas colectivas. El presente artículo tiene por finalidad identificar los cambios normativos que se produjeron, y que convirtieron al campo jurídico en un espacio propicio para el diseño e implementación de campañas de litigio estratégico, tomando como ejemplo la experiencia del movimiento argentino de la diversidad sexual que se dio en torno a la judicialización del matrimonio de parejas del mismo sexo.

Palabras clave: acciones colectivas - litigio estratégico - derechos de incidencia colectiva - diversidad sexual.

1. Introducción

El 14 de febrero, onomástico de San Valentín, se transformó en los últimos años en la principal fecha para celebrar el “día de los enamorados” en Argentina. Esta celebración, tradicionalmente anglosajona, se ha extendido a distintas partes de América Latina, impulsada particularmente por la existencia de un mercado que depende de la existencia de una cosmovisión mercantilizada del amor romántico¹. Durante esta jornada, además de flores y bombones, es común que los periódicos locales relaten historias de amor, romance y matrimonios. Y fue por este motivo que el 14 de febrero del año 2007, la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) decidió lanzar formalmente su campaña denominada “*Matrimonio igualitario: el mismo amor, los mismos derechos*”. Ese día, ante la presencia de la prensa nacional, una pareja de lesbianas se presentó ante el Registro Civil de la Calle Uruguay 753 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y solicitó un turno para contraer matrimonio: “Me encantaría casarlas, pero no puedo. La ley no me lo permite. Pero les deseo mucha suerte”, fue la respuesta de la Oficial Público que les negó el turno². La solicitud del turno se hizo para evidenciar que el acceso al matrimonio no era para todas las parejas, y que sólo “el amor heterosexual” se presentaba como el único protegido por el Estado a través de la institución matrimonial. Pero al margen de la importante cobertura en los medios de comunicación que esta Federación obtuvo debido

* Recibido 02/05/2016 ~ Aprobado 19/07/2016.

** Abogado. Doctorando del programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Email: maxicampana@gmail.com.

¹ ILLOUZ, EVA. *El consumo de la utopía romántica: el amor y las contradicciones culturales del capitalismo*, Katz Editores, Buenos Aires, 2009.

² BIMBI, BRUNO, *Matrimonio Igualitario: intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*, Planeta Buenos Aires, 2010.

al “día de los enamorados”, el 14 de febrero del 2007 fue el puntapié inicial de una campaña de judicialización que en pocos años pondría en jaque lo que para entonces parecía evidente: que el matrimonio sólo podría ser celebrado entre un hombre y una mujer.

En el presente artículo intentaremos identificar algunos cambios normativos y jurisprudenciales que se dieron en el campo jurídico argentino, desde la reinstauración de la democracia, y que de algún modo posibilitaron el éxito en campañas de litigio lanzadas por diversos grupos y organizaciones sociales.

Para definir campo jurídico seguimos las ideas expuestas por Pierre Bourdieu, quien lo caracteriza como una parte del espacio social en la que las personas pelean por el monopolio para definir qué es el derecho. Desde esta perspectiva, el campo jurídico se caracterizaría por ser un espacio que está delimitado por las ideas de “competencia jurídica”, las que marcarían una frontera entre quienes saben y quienes no saben derecho; por ser además un espacio de disputas permanente a la hora de definir qué es y qué no es derecho y por ser estar reglado (es decir que se sabría de antemano qué le está permitido o qué no le está permitido hacer a los agentes e instituciones), teniendo momentos de crisis en los que las reglas son cuestionadas y deben reformularse³.

Por otra parte, definimos “campañas de litigio estratégico” como el conjunto coordinado y sostenido de acciones jurídico-políticas llevadas a cabo por grupos y organizaciones nucleados en torno a ciertas causas y que tienen por finalidad la generar cambios que beneficien al colectivo que representan⁴. Estas acciones se caracterizan por ser desarrolladas en el seno poder judicial, con la lógica, las reglas y los actores del campo jurídico (es decir, a través de acciones judiciales). Los fines perseguidos de estas campañas pueden variar enormemente, y van desde dar visibilidad a ciertas demandas específicas hasta modificar determinadas pautas culturales de la sociedad. La idea se vincula con que el derecho es un sistema social que recepta principios generales y normas específicas de ciertas sociedades, y que es posible que determinadas normas específicas contraríen esos principios más generales afectando negativamente a determinados grupos y favoreciendo desproporcionadamente a otros. Con esta idea en mente, y por medio de estas campañas, se ponen en consideración del poder judicial estas inconsistencias jurídicas a fin de que se proceda a restablecer la primacía de estos principios más generales (como son las cláusulas constitucionales vinculadas a la igualdad ante la ley, el derecho a la privacidad, a la no discriminación o al debido proceso) e igualar así la posición de ciertos grupos con relación a otros. De este modo, estas campañas se instalan en el seno del campo jurídico/judicial, desdibujando las fronteras entre espacios jurídicos y políticos, politizando la justicia y judicializando la política. Y si bien el poder judicial nunca fue completamente ajeno a en discusiones vinculadas a disputas políticas consideradas extrajurídicas, lo cierto es que en nuestro país —y en toda la región— comenzó a intensificarse la instalación de demandas sociopolíticas en los tribunales, espacios que comenzaron a ser vistos o bien como el último recurso disponible

³ BOURDIEU, PIERRE - TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Siglo de Hombre Editores, Bogotá, 2000.

⁴ CAMPANA, MAXIMILIANO - JODOR, NEREA LUCRECIA, “Un recorrido por la campaña de litigio estratégico por el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Estados Unidos”. Publicado en Actas XVI Congreso Nacional y VI Latinoamericano de Sociología Jurídica, 2015. Versión digital.

para visibilizar reclamos de grupos que se autoperceben como “desventajados”, o bien como espacios alternativos o adicionales para la obtención de respuestas estatales, reconocimiento de derechos o implementación de políticas públicas⁵.

Ahora bien, desde la perspectiva de Charles Epp⁶, es necesario que dentro de un determinado sistema jurídico exista una “estructura de sostén” que posibilite el diseño e implementación de campañas de litigio estratégico. Por lo tanto, sin una estructura de sostén adecuada, la mera ejecución de este tipo de campañas no sólo sería dificultosa, sino posiblemente inútil. Esta cuestión cobra verdadera importancia si tenemos en cuenta que fuera de los países que adoptan el sistema jurídico inglés o del *common law*, a nivel de derecho constitucional comparado, hay pocos países donde existan “estructuras de sostén” adecuadas y conforme David Landau⁷ Argentina “es uno de los pocos países que ha intentado implementar verdaderos remedios estructurales” a través de estas campañas, y quizás por este motivo diversas campañas de litigio que se llevaron a cabo en otros países latinoamericanos tuvieron un éxito más limitado (o nulo)⁸.

Y tal como lo describe la politóloga Catalina Smulovitz, varias son las mutaciones que pueden vislumbrarse a partir de la última reinstauración democrática en Argentina y que han generado esta “estructura de sostén”, como han sido el surgimiento de abogados de interés público⁹, la proliferación de organizaciones nucleadas en torno a causas colectivas dispuestas a judicializar sus demandas, la existencia de asistencia financiera a estas organizaciones para emprender tales campañas, algunos cambios en relación a la educación en las facultades de derecho, nuevos perfiles de magistrados (en particular en la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2003 y en el fuero contencioso administrativo de la ciudad de Buenos Aires) y una normativa novedosa que haría posible que este tipo de acciones colectiva puedan ser llevadas a cabo¹⁰. Por cuestiones de extensión, de todas estas mutaciones, nos centraremos sólo en este último aspecto, es decir, en aquellos cambios normativos que se produjeron en nuestro país y que permitirían a estas organizaciones canalizar jurídicamente sus demandas político-sociales ante los tribunales argentinos.

2. Mutaciones normativas a partir de la última reinstauración democrática

Antes de la reforma constitucional de 1994 existían pocos instrumentos legales que permitiesen defender causas colectivas. De hecho, según la investi-

⁵ No está de más aclarar que lo que denominamos “campañas de litigio estratégico” se pueden dar dentro de campañas de acción política más amplias, incluyendo movilizaciones, lobby legislativo, utilización de medios masivos de comunicación, dictado de talleres o clases públicas, etc. Así, por ejemplo, la campaña por el “matrimonio igualitario” fue una campaña más amplia, que tuvo diversos frentes. Uno de ellos fue el que se dio a través de la presentación de acciones judiciales, y que constituirían lo que denominamos “campañas de litigio estratégico”.

⁶ EPP, CHARLES, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013.

⁷ LANDAU, DAVID, “The reality of social right enforcement”, *53 Harvard International Law Journal*, 2012: 253.

⁸ Díez, JORDI, *The Politics of Gay Marriage in Latin America: Argentina, Chile and Mexico*, Cambridge University Press, Nueva York, 2015.

⁹ SMULOVITZ, CATALINA, “Judicialization in Argentina: Legal Culture or Opportunities and support structures?”, en COUSO, J. - HUNEUS, A. - SIEDER, R., *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 234-253.

¹⁰ SMULOVITZ, CATALINA, ob. cit.

gación realizada por Stephen Meili¹¹ la mera existencia de abogados nucleados en torno a organizaciones, y dispuestos a judicializar causas colectivas o de reconocimiento de derechos de grupos vulnerables no era suficiente para penetrar los tribunales argentinos. Las diversas entrevistas realizadas por Meili entre 1992 y 1994 a abogados pertenecientes a organizaciones que litigaban activamente en este tipo de organizaciones, reconocían sus dificultades (o incluso imposibilidad) de ingresar sus demandas en el campo judicial argentino. Si bien los motivos de estas dificultades eran variados (tales como la falta de independencia y consiguiente desconfianza del poder judicial, la cultura jurídica excesivamente formalista que daba poco margen a pensar creativamente en otras soluciones más allá de las establecidas por la ley y un método de enseñanza del derecho conservador y acrítico) la inexistencia de remedios o vías judiciales idóneas para canalizar esas demandas se erigía por entonces como el mayor obstáculo a vencer. Y es que hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994 existían pocas maneras de accionar en nombre de grupos vulnerables o en defensa de intereses colectivos.

2.1. Los primeros avances en materia de reconocimiento de acciones y derechos colectivos

Antes de la reinstauración de la democracia en 1983, el ordenamiento jurídico nacional sólo reconocía como “procesos colectivos” a las sucesiones y a los juicios concursales. Pero en los años ‘80 (y hasta 1994) comenzó una “etapa de florecimiento —primero jurisprudencial y doctrinario y luego también legislativo— de la búsqueda de herramientas colectivas de acceso a la justicia”¹².

En relación a la jurisprudencia, se dictaron las primeras sentencias sobre “intereses difusos”. En este sentido, la primera para mencionar fue la del caso “Kattan”¹³, reconociéndose por primera vez en nuestro país la existencia de “intereses difusos” en materia ambiental (más específicamente, en la sentencia se menciona que “si se altera el aire que se respira, el agua que se bebe o la comida que se ingiere, el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados”). Si bien al alcance jurisprudencial fue bastante limitado, “la discusión académica generada alrededor del caso [...] contribuyó a aumentar la relevancia jurídica de esta sentencia de primera instancia que se transformó en una especie de hito histórico del derecho público”¹⁴.

La otra sentencia relevante que mantendría viva estas discusiones y pondría en evidencia la necesidad de generar herramientas jurídicas y procesales para reconocer derechos de incidencia colectiva sería el caso “Ekmekdjian”¹⁵ de 1992, resuelto por la CSJN. En este caso, la Corte consideró que Miguel Ekmekdjian podía representar a todos los católicos y cristianos que pudieron haberse

¹¹ MEILI, STEPHEN, “Cause Lawyers and social movements: a comparative perspective on democratic change in Argentina and Brazil”, en SARAT, AUSTIN - SCHEINGOLD, STUART, *Cause lawyering: Political commitments and Professional responsibilities*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 487-522.

¹² MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 46.

¹³ “A. E. Kattan c. P. E. N. s/amparo”, LA LEY, 1983-D, 575. En el caso, dos ambientalistas interpusieron un amparo para que se anule una autorización administrativa dictada por la Subsecretaría de Pesca de la Nación a dos empresas extranjeras para la captura de toninas overas.

¹⁴ MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, ob. cit., p. 45.

¹⁵ CSJN, “Ekmekdjian, M. A. c. Sofovich, G.”, Fallos: 351:1492.

sentido ofendidos con declaraciones del escritor Dalmiro Sáenz en un programa de Televisión sobre las figuras de Jesucristo y la Virgen María. Además, el fallo reconocía al Pacto de San José de Costa Rica como ley suprema de la Nación, y directamente operativo.

Por otra parte, legislativamente se pueden mencionar dos normas que establecieron mecanismos legales para proteger ciertos grupos desventajados, como era el caso de los trabajadores y de los consumidores. Con relación a los primeros, con la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales (de 1988) se instituyó el amparo sindical: esta acción judicial brindaba la posibilidad de que una asociación sindical interponga una acción rápida para defender los intereses colectivos de los trabajadores cuando estos intereses se encuentren amenazados o lesionados (art. 47). Con relación a los consumidores, en el año 1993 el Congreso aprobaba la ley 24.240 de Defensa de los Derechos del Consumidor. Esta norma se convirtió en una importante herramienta para la defensa colectiva de los derechos en las relaciones de consumo, instituyendo acciones que protegían tanto los intereses y derechos individuales como los colectivos o generales de un grupo de usuarios o consumidores y pudiendo presentarse judicialmente tanto las personas afectadas como las asociaciones de consumidores. “La sanción de la legislación significó un gran impulso al movimiento de protección de los consumidores y usuarios y al acceso a los tribunales como un medio de tutela de estos derechos de incidencia colectiva”¹⁶.

2.2. Reforma Constitucional y derechos colectivos

El 10 de enero de 1995 el Congreso de la Nación Argentina sancionaba la ley 24.430 ordenando la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional Argentina. Este nuevo marco normativo sería el resultado de diversos acuerdos políticos resultantes del “Pacto de Olivos”, un acuerdo que se dio entre el oficialismo y oposición que permitiría la reelección del por entonces presidente Carlos S. Menem¹⁷.

El Pacto de Olivos se institucionalizó con la ley 24.309 y constaba básicamente de tres partes. La primera, denominada “Núcleo de Coincidencias básicas”, era un conjunto de normas que la Convención Constituyente debía aprobar o rechazar como bloque completo y cerrado. La segunda, por el contrario, habilitaba la discusión abierta de ciertos temas por los convencionales (como era el caso de los derechos colectivos). Por último, la tercera parte disponía que la Convención no podría (bajo pena de nulidad) abordar temas no convocados ni introducir modificaciones a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución que se encontraba por entonces vigente¹⁸.

Pero la reforma constitucional no puede leerse solamente en clave de permitir una reelección presidencial, sino como inmersa en un contexto inter-

¹⁶ MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, ob. cit., p. 53.

¹⁷ ZAYAT, DAMIÁN, *Between Merit and Politics. The selection of Federal Judges in Argentina*, Tesis doctoral, Standford, 2009.

¹⁸ Conforme MAURINO *et al.*, “Se debe destacar que la ley 24.309 fue considerada inconstitucional por parte de la comunidad política y jurídica. De hecho, la Corte Suprema analizó dos casos planteados por figuras políticas nacionales, quienes cuestionaron el proceso de reforma y en ambas causas rechazó las demandas que pretendían detener la realización de la Convención Constituyente” (ob. cit., p. 58).

nacional, sobre todo si tomamos en cuenta que para la misma época la mayoría de los países latinoamericanos también estaban modificando sus constituciones: Bolivia (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Costa Rica (1989), República Dominicana (1994), Ecuador (1992), El Salvador (1983), México (1995), Panamá (1987) y Paraguay (1992). Todas estas reformas se dieron como consecuencia de presiones por parte de organismos internacionales que pretendían volver las estructuras institucionales más receptivas y funcionales a la economía de mercado y llevar a cabo reformas judiciales con el dar un perfil más independiente y transparente de la justicia, desligada del poder político de turno¹⁹.

En este sentido, organismos como el Banco Mundial, el Banco Interamericano para el Desarrollo y la USAID (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo, en sus siglas en inglés) compartían la idea de llevar a cabo reformas institucionales (y particularmente en el poder judicial) en estos países, con el fin de promover las economías de mercado y la continuidad democrática²⁰. Por otra parte, organizaciones de Derechos Humanos y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) comenzaron a presionar para que también se den cambios institucionales en el seno del poder judicial, pero en lo vinculado al acceso a la justicia, a la práctica del derecho de interés público, a la promoción de derechos sociales y al respeto de las garantías constitucionales²¹. Estas presiones redundaron en la creación constitucional de nuevas instituciones políticas (tales como el Consejo de la Magistratura, el Defensor del Pueblo, la Auditoría de la Nación) y el reconocimiento de nuevos derechos e instituciones procesales para protegerlos (tales como el reconocimiento constitucional del hábeas corpus, hábeas data y el amparo individual y colectivo).

La Asamblea Constituyente se compuso de 303 diputados y diputadas, funcionó en la ciudad de Santa Fe, entre el 25 de mayo y el 22 de agosto de 1994 y se convirtió en un verdadero espacio de discusión institucional, en donde no sólo participaron los constituyentes electos, sino también fue un importante espacio de disputas políticas y sociales. En este sentido, de todas las cuestiones que se debatieron, las vinculadas con los derechos colectivos ocuparon un lugar relevante debatiéndose sobre la necesidad de reconocer y añadir al texto constitucional derechos difusos y de incidencia colectiva. La incorporación de diez tratados internacionales de derechos humanos significó un importante avance en esta materia. Pero además, también se incluyeron varios artículos que reconocían expresamente la existencia de derechos colectivos o difusos, como eran aquellos relativos al ambiente (art. 41) y a usuarios y consumidores (art. 42). Junto a este reconocimiento, la Constitución Nacional establecía con rango constitucional la acción de amparo, una acción rápida con el fin de garantizar la vigencia de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los Tratados Internacionales o normas de carácter inferior. Esta acción podía ser individual o colectiva, permitiendo esta última la protección de los "derechos de incidencia colectiva en general" (art. 43).

¹⁹ ZAYAT, DAMIÁN, ob. cit.

²⁰ Así, por ejemplo, para el Banco Mundial, los débiles poderes judiciales latinoamericanos se habían vuelto un obstáculo en el comercio, la financiación y la inversión, a causa de su ineficiencia, sus demoras, el limitado acceso a la justicia, la falta de transparencia y previsibilidad y la poca confianza pública hacia este poder. En este sentido, varias de las reformas propuestas se dirían a la despolitización del nombramiento de jueces.

²¹ ZAYAT, DAMIÁN, ob. cit.

La incorporación del amparo al texto constitucional (que sería una pieza fundamental en el posterior diseño de acciones judiciales por parte de los diversos grupos) fue uno de los temas más resistidos y con mayor discusión que hubo en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, y luego en el Plenario de la Convención Constituyente. Así, por ejemplo, durante el plenario, la convencional Dina Rovagnati (Modin) se mostraba preocupada porque se habilitaría a las asociaciones a accionar en defensa de derechos colectivos, lo que supondría una utilización política de la Justicia, algo que consideraba “es ofensiva a nuestro sistema republicano”²². Sin embargo, esta fue la posición minoritaria, y la Convención acabó reconociendo al amparo como un instrumento “necesario para poder hacer valer [...] la vigencia de los derechos que la Constitución reconoce”, según la opinión mayoritaria, expresada por el convencional Díaz (PJ)²³. El reconocimiento de derechos difusos, y la incorporación del amparo colectivo como remedio judicial para protegerlos dotó a abogados y organizaciones de una herramienta fundamental para la judicialización estratégica que vendría posteriormente. Es decir que gracias a esta nueva Constitución en Argentina sería posible pensar y diseñar jurídicamente estrategias a fin de colocar en la agenda pública temas vinculados al reconocimiento de derechos de incidencia colectiva.

2.3. Las acciones colectivas luego del '94

A más de 20 años de la vigencia de la nueva Constitución Nacional, todavía no existe una ley a nivel nacional que regule las acciones colectivas, y en el ámbito legislativo poco se ha avanzado. Sin embargo, esto no constituyó un obstáculo para su utilización en los tribunales nacionales. Para el año 2004 (es decir, diez años después de la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) había resuelto unos 176 casos que se vinculaban a cuestiones colectivas.

Según surge de los datos presentados por Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal de estos 176 casos resueltos por la CSJN, entre el 1ero de enero de 1987 y el 30 de octubre de 2004, el 68% fue judicializado a través de acciones de amparo²⁴, y entre los temas litigados la distribución fue la siguiente: 32% de los casos se vinculaban a derechos de usuarios y consumidores; el 19% a cuestiones ambientales; 19% a derechos civiles y políticos; 11% a temas vinculados al dere-

²² Para esta convencional “la consagración de derechos difusos constituye una alteración del sistema democrático por cuanto incorpora componentes ajenos como son los intereses monotemáticos, que están afuera de los ámbitos públicos y privados. En el presente párrafo cuestionado por mi bloque se está reconociendo constitucionalmente y con facultades jurídicas a todo este tipo de movimientos alternativos que, como ya dijimos antes, reivindicaban para sí un tipo de contenidos que no son ni privados, en el sentido de que no pueden verse legítimamente afectados, ni públicos, en la medida en que no son objeto de los actores políticos tradicionales. Pero sí son políticos, porque pretenden que se reconozcan como legítimos sus medios de acción y que sus objetivos sean al menos tolerados por la sociedad global, y su éxito tendrá efectos sobre toda la sociedad y no sólo sobre el grupo al que hacen referencia”. En igual sentido se expresaron otros constituyentes, como es el caso de la convencional María de las Mercedes Elordi (Modin), quien decía que se violaba la autonomía constitucional y no debían reconocerse los derechos de incidencia colectiva: “la interpretación de esta misma categoría de derechos dará lugar –sin dudas- a un ejercicio abusivo de imprevisibles consecuencias. Con el pretexto de defenderlos, por qué no decirlo, se abrirán las puertas a una inútil proliferación de juicios” (cit. en MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, 2005, pp. 80-81).

²³ MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, ob. cit., p. 78.

²⁴ El resto de los porcentajes serían los siguientes: 7% acciones declarativas; 4% cautelares autónomas; 6% acciones sumarísimas y el 15% restante por otras vías.

cho del trabajo y de la seguridad social; el 10% de los casos, por su parte, versaban sobre derechos económicos, sociales y culturales; un 6% eran sobre casos de discriminación quedando un 3% remanente que incluía otros casos.

Según observan estos autores²⁵, “las acciones colectivas han tenido un desarrollo progresivo y sostenido a partir de la reforma constitucional y existiría una correlación entre la recepción constitucional de ciertos derechos de incidencia colectiva en particular y la expansión de su defensa judicial”. Otros datos interesantes que surgen son que en general estas acciones se han utilizado como medio de control judicial a los actos de gobierno (el Estado había sido demandado en un 85% de los casos) y que las Organizaciones no gubernamentales (en adelante ONGs) se fueron convirtiendo gradualmente en los principales impulsores de estos casos.

Si bien, como se acaba de mencionar, pocos fueron los avances en materia de derechos colectivos, pueden al menos fijarse dos hitos legislativos y uno jurisprudencial en lo referido al reconocimiento de acciones colectivas.

El primer hito legislativo se vincula a la sanción de la ley 25.675 del año 2002, denominada “Ley General del Ambiente”, convirtiéndose en la primera norma que contiene disposiciones expresas de acciones colectivas vinculadas con la protección de derechos de incidencia colectiva. Se trata de una ley de presupuestos mínimos “para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable” (art. 1º), y que, en su artículo 30 reconoce la legitimación “para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el art. 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal”.

El segundo hito que podemos mencionar vino de la mano de la ley 26.361 del año 2008, que modifica la ley de defensa del consumidor, profundizando el reconocimiento de las acciones colectivas en materia de consumo con los nuevos arts. 52, 54 y 55, consolidando reglas de procedimiento especiales para estas acciones²⁶.

El tercer y más importante hito vendría en el año 2009, cuando la CSJN resuelve el caso “Halabi”, regulando el art. 43 de la Constitución Nacional y creando la acción de clase en el marco de una causa en la que se analizó la inconstitu-

²⁵ MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, ob. cit., p. 78.

²⁶ Así, por ejemplo, el art. 54 establece: Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

cionalidad de las normas que autorizaban la intervención estatal de comunicaciones telefónicas y por Internet²⁷.

Esta sentencia judicial del máximo tribunal del país, además de proteger la privacidad en el uso de Internet y telefonía frente a posibles intromisiones estatales, regula la acción colectiva contenida en la Constitución Nacional, pero que nunca fue legislada. En este sentido, la CSJN consideró que hubo un retardo injustificado por parte del legislador al no dictar una ley para facilitar el acceso a la justicia, y siendo estos derechos constitucionales de carácter operativos, es obligación de los jueces darles eficacia. Esto se justifica porque habría casos en que por una sola causa se afectan los derechos de numerosas personas y en los que resulta muy difícil para cada uno de los afectados promover una acción judicial, lo que resultaría en una violación al acceso a la justicia (ya que no se justificaría que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados deba promover una nueva demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma). Partiendo de estas ideas, dicta ciertos presupuestos mínimos que deben seguir los jueces, y que son: 1) resguardar el derecho de la defensa en juicio (a fin de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar); 2) verificar la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre; 3) arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todos aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio y 4) implementar medidas para dar publicidad con el fin de evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos.

Con el caso "Halabi", la CSJN dio una guía de cómo se debía interpretar y aplicar lo referido a las acciones colectivas reconocidas constitucionalmente, intentando poner fin a muchas discusiones doctrinarias y judiciales en torno a las mismas. Sin embargo, varios autores han considerado que la solución brindada por la CSJN ha sido particularmente ineficaz. Y esto se debe a que esta decisión se limitó a delinear sólo cuestiones procedimentales básicas, no brindando respuestas a una serie de aspectos que resultan esenciales para este tipo de acciones (y sobre todo, para una correcta implementación de un modelo de litigio y reforma estructural), causando importantes problemas prácticos²⁸.

3. Conclusión: el impacto de estos cambios legales para la planificación de campañas

Este nuevo elenco de derechos y acciones colectivas impactó profundamente en los modos en que el campo jurídico argentino era pensado, y esto es debido a que ya no sólo constituía un espacio para resolver conflictos de intere-

²⁷ "Halabi, Ernesto c. PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo". En esta causa judicial, el actor, Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario, n° 1563/04, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos" puede llevarse a cabo. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de normas mencionadas porque consideró que violaban el derecho a la privacidad en su condición de consumidor y además, el derecho a la confidencialidad en su condición de abogado.

²⁸ OYHANARTE, MARTÍN, "Public Law Litigation in the U.S. and in Argentina: Lessons from a comparative study", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2015, 02-61.

ses entre individuos, sino también como un lugar propicio para instalar, debatir y resolver cuestiones de gran impacto político y social.

La nueva normativa, entonces, incentivó la presentación de diversas acciones judiciales en el marco de campañas de judicialización estratégica más amplias. Dichas acciones versaban sobre diversas cuestiones colectivas llevadas a cabo por los más variados grupos, tales como las vinculadas a delitos de lesa humanidad durante la última dictadura militar, a salud colectiva, discriminación, derecho de pueblos originarios, acciones contra compañías que afectaban el derecho de usuarios y consumidores²⁹ e incluso para la obstaculización del avance de derechos reproductivos y sexuales³⁰. Estas campañas se inspiraban en experiencias relativamente exitosas que se habían dado en diversas partes del mundo, particularmente en los Estados Unidos y otros países con una cultura jurídica anglosajona del *common law*³¹.

Para el 14 de febrero del 2007, cuando la campaña de litigio estratégico para la ampliación del matrimonio civil a parejas homosexuales era lanzado, estas mutaciones legales ya estaban consolidadas tanto académica como judicialmente. Además, el propio poder judicial comenzaba a ser presentado como un actor político clave para la protección de derechos de incidencia colectiva. De hecho, la misma CSJN no sólo había regulado pretorianamente el amparo colectivo con el caso *Halabi*, sino que incentivaba a los demás miembros del poder judicial a tener una actitud más receptiva y proactiva a este tipo de acciones y de este modo convertirse en actores políticos claves en el país, tal como puede leerse del discurso del presidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti en la apertura del año judicial, quien afirmaba que

“En el futuro no muy lejano esperamos ver un Poder Judicial que ejerza y cumpla su rol de colaborar en las grandes transformaciones que necesita nuestro país. Y esto lo digo porque históricamente los poderes judiciales han sido concebidos para conservar el orden existente. Pero en los últimos años se ha trabajado mucho en la doctrina jurídica, en la filosofía del derecho y todas las áreas que nosotros habitualmente frecuentamos, en el sentido de que el Poder Judicial también es un actor institucional que participa para transformar la sociedad, y no sólo para conservarla. Y en esta transformación de la sociedad tenemos un rol importantísimo que cumplir (...). En este sentido es que el Poder Judicial tiene que actuar como un agente de transformación institucional, junto con los demás poderes, mediante decisiones judiciales y también institucionales (...). Este es entonces el rol que nosotros pensamos para el Poder Judicial. Un rol activo, participativo en la agenda pública de las grandes cuestiones ciudadanas, que se oriente en la transformación, que permita participar en las grandes decisiones del Estado, porque así es como funciona un Estado de Derecho”³².

²⁹ CELS, *Litigio estratégico y Derechos Humanos: la lucha por el derecho*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008.

³⁰ CAMPANA, MAXIMILIANO, “Hacia una nueva conceptualización del litigio estratégico. La judicialización de los derechos sexuales y reproductivos por parte de los sectores pro vida”, en ESQUIVEL, J. C. - VAGGIONE, J. M., *Permeabilidades Activas: Religión, política y sociedad en la Argentina democrática*, Biblos, Buenos Aires, 2015.

³¹ EPP, CHARLES, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013.

³² Ver Discurso de Ricardo Lorenzetti en “Apertura del año judicial 2011 Primera Parte”. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=1D6P9ApajUc> (acceso 05/05/2015).

Nuevos derechos y acciones procesales tendientes canalizar demandas colectivas y un rol más politizado y receptivo ante este tipo de demandas por parte de ciertos sectores del poder judicial fueron centrales para que diversos grupos y organizaciones decidieran judicializar sus demandas políticas. Y volviendo al caso del matrimonio para parejas del mismo sexo, sólo hubo que esperar a que el 10 de noviembre del año 2009, una jueza en lo contencioso-administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolviera declarar la inconstitucionalidad de los arts. 172 y 188 del Código Civil por limitar el matrimonio civil a parejas heterosexuales. Esta sentencia planteó que “la medida estatal impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio [...] (lo que) resulta discriminatoria”³³. Y si bien la campaña de litigio estratégico por el “matrimonio igualitario” no finalizaría con esa sentencia, la utilización de los tribunales como actores claves en la instalación de demandas colectivas y de gran impacto social había demostrado ser exitosa, debido a las importantes mutaciones que el campo jurídico argentino fue sufriendo en las últimas tres décadas.



³³ Expediente judicial caratulado “Freyre, Alejandro y otro contra GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCA-BA)”, Expte. 34292/0.

ANTECEDENTES PENALES Y PRÁCTICA JUDICIAL: DISPUTAS EN TORNO A LA TENSIÓN PÚBLICO/PRIVADO**

Eugenia Gómez del Río***

Resumen: Centrado en las líneas de investigación que indagan sobre el sentido y alcance conferidos a la distinción entre lo público y lo privado en las prácticas jurídicas concretas, el trabajo aquí presentado se dirige a inferir la existencia (o no) de tensiones y luchas en torno a la apropiación y a la nominación de bienes simbólicos, al interior del campo jurídico estatal. El interés teórico de análisis se centra específicamente en la conflictividad de tipo “*público-privado*” detectable en causas judiciales. Para el análisis, se ha seleccionado una causa sometida al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba en la que un particular demanda la protección de un derecho constitucional, invocando que el mismo es amenazado o socavado por un acto del Estado. Se entiende que dicha causa constituye un caso paradigmático que patetiza los extremos de la relación tensionada a través del reclamo de certificaciones, en las que el Poder Judicial (el Estado) oficia como un banco de capital simbólico, construido a través de un discurso oficial. En base a la teoría de Pierre Bourdieu, el examen del caso se desarrolla teniendo en cuenta el sistema de jerarquías del campo judicial y las cosmovisiones enfrentadas respecto de la tensión de intereses público-privados, en una situación que enfrenta el derecho a trabajar con la obligación de resguardo de la seguridad pública.

Palabras clave: práctica judicial - público - privado.

1. Introducción

Oculto bajo la engañosa simplicidad de las prácticas jurídicas concretas, el tratamiento de causas acerca de certificaciones oficiales en el campo estatal judicial, conforma en realidad un panorama complejo que abarca aspectos tales como la creación de bienes simbólicos, las tensiones en torno a la apropiación de los mismos en función de intereses privados o públicos y la construcción de identidades sociales a través del discurso oficial.

El trabajo aquí presentado analiza estrategias jerárquicas de confrontación de intereses públicos frente a intereses privados al interior del campo judicial, específicamente cuando las tensiones que surgen giran en torno a la apropiación y a la nominación de bienes simbólicos. El análisis se centra específicamente en un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba¹ en el que se manifiesta una tensión de tipo “*público-privado*”, a raíz de una acción de amparo incoada contra el Gobierno Provincial por un particular que reclama del Poder Judicial la protección de un derecho constitucional, invocando que el

* Recibido 25/04/2016 ~ Aprobado 23/08/2016.

** El presente artículo es un trabajo corregido y profundizado en base a una ponencia presentada en el Congreso Nacional y Latinoamericano de Sociología Jurídica del año 2015, organizado por la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica y la Universidad Nacional de Santiago del Estero.

*** Abogada, Doctora en Demografía. Investigadora Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Prof. Sociología Jurídica Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. E-mail: eugeniagomezdelrio@gmail.com.

¹ En lo sucesivo, TSJ.

mismo es amenazado o socavado por un acto del Estado. La causa gira en torno de la inconstitucionalidad de los certificados sobre antecedentes penales que incorporan información de causas penales paralizadas, emitidos por el Gobierno de la Provincia de Córdoba.

La causa analizada puede considerarse un caso paradigmático² que patentiza la relación de tensión público/privado, en un conflicto de derechos e intereses que se resuelve a través de certificaciones oficiales. Como ya lo explicitamos, se trata de certificaciones del Gobierno de la Provincia de Córdoba (el Estado en una de sus manifestaciones institucionalizadas) que el Poder Judicial (el Estado en otra de sus manifestaciones institucionalizadas) debe (*o no*) legitimar, oficiando por consiguiente como un banco de capital simbólico, construido a través del discurso oficial de sus fallos.

La decisión del TSJ acerca de la legalidad de las certificaciones que incluyen antecedentes provenientes de causas paralizadas, importa en sí misma una "certificación" dotada de una gran legitimidad y destinada a producir un efecto de derecho que atestiguará (*o no*) un tipo de identidad social, habilitando (*o deshabilitando*) asimismo capacidades para el mundo laboral. Se instituye de ese modo una identidad simbólicamente eficaz, creada a través de la autoridad de agentes que obran una función asignada por el Estado. Cabe subrayar también que el caso que observamos es fecundo para analizar el sistema jerárquico donde se insertan los agentes judiciales y sus cosmovisiones acerca del interés privado y el interés público.

Las certificaciones de antecedentes penales, se han constituido como una práctica cotidiana en una sociedad de creciente complejidad donde el temor al delito, el aumento de algunas tasas delictivas, la desestructuración del mundo del trabajo y la pobreza, se suman a la imposibilidad de respuesta de la justicia en tiempos razonables. Poseer antecedentes penales genera consecuencias para el futuro laboral de las persona y para el ejercicio de sus derechos en la vida cotidiana. Sin embargo, mantener el secreto de esta situación reduce la eficacia de la prevención y puede poner en peligro a otras personas y organizaciones. Por ello, la discusión y decisión acerca de la publicidad de tales antecedentes requiere ponderar la tensión entre los intereses privados y los intereses públicos en pugna.

En el marco mundial existen diferentes políticas respecto de la publicidad de este tipo de datos, derivadas de contextos sociales, culturas jurídicas y del control diferentes. Estados Unidos ha desarrollado una política de libertad de acceso y difusión de los antecedentes penales³, basada en los principios de prevención y retribución. Por el contrario, España, al igual que otros países europeos (con la excepción del Reino Unido), reconoce de forma mucho más amplia los derechos a la privacidad, la dignidad y el honor que protegen al individuo de la posible divulgación de sus antecedentes penales, tanto por órganos gubernamentales como por particulares (Jacobs y Larrauri, 2010).

² Se usa la palabra paradigmático en el sentido de caso ejemplar cuyo análisis puede llevar a comprender tanto la estructura como las relaciones entre los elementos de otros casos.

³ Según JACOBS y LARRAURI (2010), la publicidad de los juicios y antecedentes penales estatuida en los EE.UU.: "...refleja la creencia de que los ciudadanos tienen un interés legítimo en ser informados sobre el carácter de las personas que contratan, de los arrendatarios a los que alquilan sus casas, de las personas con quienes realizan acuerdos comerciales, y de los individuos con quienes mantienen relaciones sentimentales".

En Argentina, la protección de datos de carácter personal que implican circunstancias o condiciones personales tal como la identidad y la intimidad, son consideradas informaciones protegidas. Su divulgación y su inclusión en archivos o bases de datos, se encuentra restringida (o al menos condicionada legalmente) a través de ley nacional 25.326 de Protección de Datos Personales. Dicha ley persigue la protección integral de todos los datos personales, asentados en bancos de datos públicos o privados de información, a fin de garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, conforme al imperativo del art. 43 de la Constitución Nacional⁴.

La normativa referida confiere una especial protección a los denominados datos sensibles⁵, y contempla sólo algunas excepciones respecto de su recolección o publicidad, referidas a situaciones en las que medien razones de interés general autorizadas por ley. La misma normativa establece también la protección de los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales que aunque no son considerados datos sensibles, son caracterizados como datos reservados. Dichos datos sólo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas. Esto significa que la autoridad pública puede tratar estos datos dentro del marco de las leyes y reglamentos que se dicten a tal fin. Es así como el art. 51 del Código Penal de la Nación establece que todo ente oficial que lleve registros penales, se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria y que en ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo cuando los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos en los que haya sido víctima el sobreseído o absuelto.

2. El fallo analizado como campo social

El auto interlocutorio que se analiza ha sido producido dentro de lo que llamaremos el campo judicial⁶, contenido a su vez en el campo jurídico, en el sentido bourdiano del término⁷. Utilizaremos la noción de campo judicial por-

⁴ El art. 43 de la Constitución Nacional, fundamento de la Ley de Protección de Datos Personales, establece en forma expresa la garantía de la acción de amparo “*contra cualquier forma de discriminación*” y el art. 75 inc. 22 obliga a dar efectividad a las normas antidiscriminatorias contenidas en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional por el referido artículo. La ley 23.592, conocida como ley Antidiscriminatoria, establece que “*Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados*” (art. 1°).

⁵ Los datos sensibles son aquellos que se refieren a informaciones que hacen a ciertas características o circunstancias íntimas y privadas de las personas. La ley considera como tales a los que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

⁶ En este trabajo, el análisis se centra sobre un campo específico: el campo judicial, entendido según PIERRE BOURDIEU (2001) como “*El trabajo analiza específicamente el campo judicial, en tanto espacio social organizado en y por el cual tiene lugar la trasmutación de un conflicto directo entre partes directamente interesadas en un debate jurídicamente reglado entre profesionales que actúan por procuración y que tienen en común su conocimiento y reconocimiento de la regla del juego jurídica, es decir las leyes escritas y las no escritas del campo; aquellas que es preciso conocer para triunfar sobre la letra de la ley*”.

⁷ A los fines de analizar las prácticas sociales en términos relacionales, P. Bourdieu trabaja con dos conceptos: “*...sus dos conceptos centrales (campo y habitus) constituyen nudos de relaciones. Un cam-*

que la misma permite comprender las producciones jurídicas en tanto creaciones que develan el espacio social organizado jerárquicamente del que provienen y sus reglas de juego.

En el campo judicial se excluye al justiciable (cliente) y se reemplaza la visión espontánea que el mismo elabora sobre los hechos y el conflicto por la visión especializada de abogados y jueces quienes poseen una competencia que les permitirá la creación de un caso judicial, se trata de una mediatización entre el conflicto real que se establece en el campo social y su representación simbólica en el campo judicial. El enfrentamiento directo es transformado en un diálogo entre mediadores expertos cuyo distanciamiento de la realidad aumenta en nuestro caso de análisis ya que los fallos (autos y sentencias) del TSJ, al igual que otros de tribunales de jerarquía análoga, construyen un discurso simbólico de reinterpretación de la interpretación de los hechos y el derecho que a su vez hicieron actores y tribunales inferiores.

La discursividad presente en el fallo pertenece al máximo órgano judicial de la provincia quien recoge selectivamente las voces de los otros actores para instituirlos en el campo específico de la resolución de un caso; otorgándoles mayor o menor eficacia según va enlazando interpretaciones de hechos y normas jurídicas hasta arribar al propio decisorio. Concretamente, es la voz del TSJ y la visión del mundo jurídico asociada a su posición, la que define las jerarquías, posiciones, posibilidades y prácticas de los abogados y del tribunal inferior en este campo concreto.

Cabe acotar, en fin, que el caso analizado ha sido seleccionado de una recolección de 545 fallos vinculados a planteos de inconstitucionalidad que poseen resoluciones definitivas (Sentencias y Autos Interlocutorios), dictados por el TSJ, entre los años 2009 a 2013. El proyecto marco⁸, al que pertenece ese universo de análisis, indaga sobre el modo de resolución de la tensión público/privado en las causas judiciales antes delimitadas y en las que los particulares reclaman al Estado la observancia de sus derechos y garantías constitucionales.

La causa judicial

La causa judicial identificada como paradigmática es un auto interlocutorio⁹ emanado del TSJ que resuelve vía recurso de casación el reclamo, planteado como acción de amparo, sobre la inconstitucionalidad de los certificados sobre antecedentes penales emitidos por el Gobierno de la Provincia de Córdoba, incorporando causas penales paralizadas. El casacionista invoca la lesión del derecho a trabajar (arts. 14 y 14 bis CN) y del derecho al honor (art. 33 CN), con fundamento en el principio de inocencia (art. 18 CN); apoya su pretensión en normas constitucionales, tratados internacionales y en la ley de la Provincia de Córdoba 8691 (art.15). El TSJ, coincidiendo con los pronunciamientos de los tribunales inferiores, rechazó el recurso. Destaca que la norma aplicable es la del

po consiste en un conjunto de relaciones objetivas entre posiciones históricamente definidas, mientras que el hábito toma la forma de un conjunto de relaciones históricas incorporadas a los agentes sociales" (GUTIÉRREZ, 2010: 31).

⁸ Proyecto "La actuación judicial ante la tensión público-privado", acreditado y subsidiado por SeCyT-UNC, período 2014-2015. Dirección: M. C. Parmigiani y E. Gómez del Río.

⁹ "Cerutti, Diego Esteban c. Gobierno de la Provincia de Córdoba - Amparo - Recurso Directo" (A16/2013).

Código Penal, art. 51 (sin necesidad de recurrir a la CN y a convenciones internacionales o a la ley provincial 8691 —que no ha sido reglamentada—). Agrega que bajo estos postulados se emitió el certificado de antecedentes por el que el casacionista se agravia, conforme el art. 2° del decreto 7250/1985 —texto decreto 3110/1997— es decir, cumpliendo las directivas establecidas por el art. 51 del Código Penal. Concluye indicando que además de la vía jurisdiccional para solicitar el sobreseimiento en las causas que lo involucraban, el accionante tenía a su disposición el trámite previsto por el Acuerdo Reglamentario (Serie “A”) n° setecientos sesenta y cuatro de fecha veintinueve de abril de dos mil cinco, por el que el TSJ reglamentó la caducidad de causas inmovilizadas o archivadas, supliendo el silencio del Código Penal.

Algunas precisiones necesarias al análisis

A los fines del análisis, es necesario recordar que los fallos son discursos, interpretaciones, creaciones del Tribunal que han sido concebidas desde una mirada que establece lógicas y jerarquías de inclusión y de presentación de los argumentos y de los hechos esgrimidos por el accionante y/o por un tribunal inferior, sujetas a reglas y prácticas del campo jurídico. El fallo analizado, en tanto tal, configura un acto de creación intelectual, en el que el Tribunal no solo inscribe su posición y la de los otros agentes (accionante y tribunal inferior) en la estructura del campo judicial, sino que además al reinterpretar los discursos de esos agentes y determinar qué argumentos propios y ajenos poseen validez en el caso, determina también sus jerarquías y posibilidades en la competencia por lograr una interpretación triunfadora sobre la letra de la ley, en un caso concreto.

Asimismo, es fundamental comprender que cuando hablamos de creación no estamos refiriéndonos a una creación intelectual de las personas que conforman el TSJ. De lo que se trata es de comprender, a través de la práctica del TSJ, cómo se produce la construcción estatal de estrategias dirigidas a imponer una visión particular de intereses y de valores, aunque inevitablemente estos procesos se encuentren asociados por cierto a la posición particular de aquellos que las producen en el universo burocrático (Bourdieu, 1997)¹⁰.

3. Jerarquías, posibilidades y experticias en tensión

3.1. Las posiciones y argumentaciones de los actores subordinados en el campo, en la reproducción/definición del TSJ

El TSJ ocupa la cúspide de las diversas instancias jerárquicas en que se organiza el sistema de Justicia de la Provincia y desde esa posición, se encuentra en condiciones de resolver conflictos entre otros intérpretes (abogados y jueces inferiores) y las interpretaciones que los mismos producen acerca de los textos legales. La construcción lógica formal de los fallos se articula también en relación a esas posiciones de jerarquía en el campo judicial y a la confrontación de sus intereses específicos y divergentes.

¹⁰ Esta tarea de comprensión implica un difícil desafío para el analista, si aceptamos que tal como lo plantea P. BOURDIEU (1997) uno de los poderes mayores del Estado es el de producir y de imponer (principalmente por medio de la escuela) las categorías de pensamiento que aplicamos espontáneamente a cualquier cosa del mundo y al Estado mismo.

En el caso del auto que analizamos el TSJ remarca jerarquías diferenciadas, distanciándose tanto del accionante (abogado), como del Tribunal inferior (en este caso la Cámara). A esos efectos utiliza para sí mismo una posición central de legitimidad y autoridad colocando, en un primer momento, al tribunal inferior y al abogado del actor en posiciones análogas. La Cámara es tratada en el discurso del TSJ como otro actor cuyos dichos se extraen del fallo recurrido. Esto indica una estructura pensada en base a las garantías constitucionales y las formas republicanas que se expresa en la posición central o subordinada que ocupan los agentes en la estructura del sistema judicial.

El fallo expone que el accionante:

“...Acusa que desde que comenzó este proceso sus posibilidades de conseguir trabajo formal han sido aniquiladas por completo, sin solución de continuidad; por cuanto nadie contrata a un trabajador que presenta un certificado de antecedentes penales en el que consten inscripciones de causas abiertas por la justicia penal...”

“...Esgrime que se halla lesionado su derecho de trabajar (arts. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional) ya que la potencialidad de conseguir trabajo está amparada constitucionalmente desde la incorporación del Convenio de la OIT sobre la Discriminación, Empleo y Ocupación, ratificado por Argentina el dieciocho de junio de mil novecientos noventa y ocho...”

Como vemos, los argumentos centrales del actor son contextualizados principalmente por su necesidad de incorporación e integración a la vida laboral. En un campo en el que resulta imprescindible utilizar recursos retóricos profesionales expertos y exposiciones de racionalización alejados de las intuiciones de los profanos, el accionante mantiene cercanía con los hechos y se distancia de los recursos argumentales técnicos jurídicos.

A pesar de las fundamentaciones constitucionales y legales también utilizadas, la perspectiva del actor casacionista se nos presenta más cercana a la vivencia cotidiana y a las necesidades del campo social, que a las exigencias formalizadas de las prácticas del campo jurídico.

Por su parte, la Cámara utiliza una retórica caracterizada por su efecto de neutralidad y universalidad que da cuenta “del sentido jurídico” y también de su conocimiento del *corpus* de textos legales y de las prácticas y modos de expresión regladas en lo jurídico. El Tribunal instala el tema en un discurso que da cuenta del ámbito profesional propiamente jurídico

“... Entiende (*la Cámara, según el TSJ*) que articular esta vía importa expandir el derecho al olvido cuando está involucrada materia penal y ello no corresponde salvo en los términos específicos de caducidad del Código Penal ya analizados, por cuanto el actor cuenta con una vía específica que necesariamente debe transitar —solicitar el sobreseimiento por prescripción— porque *allí se involucra una cuestión de orden público que es el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado*. Sostiene que si ella está extinguida por el transcurso del tiempo y entonces lo afecta el procedimiento penal detenido indebidamente, debe utilizar las herramientas que no pueden ser eludidas con el argumento de urgencia en el acceso al empleo dados los intereses superiores en juego y *éste es el verdadero argumento que hace justo el rechazo...*”¹¹.

¹¹ El resaltado en cursiva nos pertenece.

Como ya dijimos, la argumentación del TSJ presenta al accionante y a la Cámara ubicados en jerarquías aparentemente análogas respecto de la distancia con su propia posición jerárquica, sin embargo, describe para cada uno de ellos cualidades profesionales que diferencian sus posiciones y posibilidades de éxito. Mientras la Cámara es descrita en cuanto capaz de construir argumentos armados de derecho, en función de su conocimiento de las reglas escritas y no escritas del campo; el accionante aparece excluido de esa posibilidad experta, vulnerable para hacer triunfar su causa y anclado por ello en una posición menor en la jerarquía interna del campo que espejaría la posición de su cliente en la jerarquía social. Esto último resulta coherente con la autonomía relativa del campo jurídico respecto de otros campos como por ejemplo el de las clases sociales (Bourdieu, 2001).

3.2. La posición y argumentación del TSJ, según propia definición

Por su parte, el TSJ construye en el fallo una posición de jerarquía superior a los dos agentes anteriores, marcando las normativas aplicables y desarrollando la interpretación de las mismas y su aplicación al caso, casi de forma pedagógica. Veamos cómo se manifiesta esto en la discursividad.

En primer lugar, el TSJ argumenta indicando el soporte legal que torna insusceptible de reclamo la certificación expedida por la División Documentación Personal de la Policía de la Provincia de Córdoba.

“...cabe advertir que, precisamente, la ley nacional 23.057 sancionada en el año mil novecientos ochenta y cuatro, modificó el texto del art. 51 del Código Penal, e introdujo un conjunto de reglas que tienden a resguardar al ciudadano frente a los registros penales estatales que puedan afectar el principio de inocencia así como a evitar los efectos perpetuos de las condenas penales...”

“...Bajo estos postulados, el mencionado certificado de antecedentes, conforme el art. 2º del decreto 7250/1985 —texto decreto 3110/1997— se emite cumpliendo las directivas establecidas por el art. 51 del Código Penal al que hemos hecho referencia,...”

Pero además se detiene (extensamente y en un apartado específico del fallo¹²) en el art. 15 de la ley provincial 8191 argüido por el accionante, no obstante afirmar de modo tajante (en coincidencia con la Cámara) que no se encuentra vigente.

“...Se ha explicado anteriormente que debido a la falta de reglamentación de la ley 8691, el registro de reincidencia que éste contempla no se encuentra en funcionamiento. Va de suyo entonces que no es de aplicación al caso toda vez que el articulado contenido en su texto le brinda una regulación específica a aquél, no estando previsto su alcance a la Dirección de Asuntos Judiciales de la Policía de la Provincia de Córdoba, por intermedio de la División Documentación Personal...”

“...Así, al no haberse reglamentado la ley, queda abierto el interrogante de cuándo hay relación funcional del antecedente penal con el empleo que procura conseguir o mantener el requirente del certificado, toda vez que no se establecen criterios o reglas a los fines de establecer tal vinculación...”

¹² Apartado “III. e. El artículo 15 de la ley 8691. La razonabilidad como criterio rector. Existencia de relación funcional”.

“...En este marco, un principio axial de todo sistema jurídico al que cabe acudir es el de razonabilidad, proporcionalidad o congruencia que, en su proyección actual, es una técnica de control que indaga la relación entre los medios utilizados y los resultados conseguidos, con el siguiente criterio: mitad racional y mitad justo...”

“...A la luz de este prisma se aprecia que el certificado, además de contar con los requisitos legales expresos para su emisión, responde a los principios de razonabilidad, puesto que las causas penales abiertas donde ha sido imputado el amparista han sido rotuladas bajo el tipo penal de robo y coacción, conductas que se pueden relacionar lógicamente con la actividad a desempeñar en las empresas empleadoras, lo que definitivamente deja sellada la suerte de la acción incoada...”

Llegados aquí, nos preguntamos ¿Por qué este despliegue argumentativo del máximo tribunal provincial, cuando ya ha afirmado que la solución al caso surge de la aplicación textual de la ley penal de fondo vigente (art. 51 Código Penal y su ley modificatoria), que prevé expresamente las situaciones en que los organismos oficiales deben abstenerse de expedir información sobre antecedentes penales? ¿Por qué pasa de la textualidad exegética a una argumentación pasible de ser considerada improcedente por sobre abundante, según los cánones de la lógica argumentativa? La visualización completa del campo (sobre la que estamos avanzando progresivamente), sugiere la siguiente respuesta: preocupa al máximo tribunal (y esto ya se advierte también en su inferior) que la mora tribunalcia viole el principio de inocencia, que es uno de los pilares del Estado de derecho y el primero en el largo proceso de su construcción histórica, a partir de la mítica Carta Magna inglesa del año 2015.

Por ello se preocupa por colocarse en la hipótesis de que rigiera la normativa invocada por el casacionista —hipótesis que ya antes ha rechazado—, pero lo hace para fulminar totalmente desde la interpretación judicial toda posible invocación de un derecho constitucional afectado, recordando que:

“...Como señala el actor, según el texto del artículo citado, se deben anotar las condenas pendientes de cumplimiento, *pero además —y este punto no es abordado por el recurrente— deben consignarse aquellos antecedentes que tengan relación funcional con el empleo que se pretende conseguir o mantener...*”¹³.

Vemos que el TSJ se detiene en la relación funcional entre el certificado pretendido y la relación laboral destinada a avalar. Y dado que, como aduce, la ley no ha sido reglamentada y existe en consecuencia un vacío legal sobre los criterios a aplicar para establecer cuándo se da la relación funcional que ella contempla, recurre al supuesto (ideológico, por cierto) de completitud del ordenamiento jurídico, para avanzar desde allí, con la herramienta de los principios generales del derecho generados por la dogmática jurídica, a la solución que provee el principio de razonabilidad. Y a fuerza de mostrar el resguardo del principio de inocencia, termina campeando en el fallo la duda sobre la real inocencia del accionante, pues remite a que las pruebas aportadas a la causa resultan insuficientes para demostrar la falta de relación lógica entre las conductas delictivas imputadas (robo y coacción) y a la actividad laboral a asumir en las empresas

¹³ El resaltado en cursiva nos pertenece.

empleadoras, lo que, como arriba se transcribió, “definitivamente deja sellada la suerte de la acción incoada”.

Hay aquí sin duda una protección a los intereses de terceros (y aunque sólo de modo indirecto y parcial, a toda la sociedad). Pero abre válidamente una nueva pregunta para el analista: ¿Por qué se hace primar el principio interpretativo de razonabilidad por sobre el principio sustantivo de inocencia, al servicio el primero de la defensa de terceros, cuando ésta no es la solución proveída para casos semejantes por el Acuerdo Reglamentario que veremos luego? ¿Es acaso esta solución compatible con el supuesto de la completitud y univocidad del ordenamiento jurídico, que el propio tribunal invoca?

Una vez expuesto el marco legal y su aplicación al caso, el TSJ rechaza la pretensión del actor, sosteniendo en un primer paso la validez de la práctica de interpretación y la decisión del Tribunal inferior. Esto denota en principio un criterio jerárquico de validez (las decisiones de tribunales inferiores son validadas por los tribunales superiores) y también la relación funcional entre las posiciones de ambos tribunales. En el plano de las coincidencias, los dos marcan la existencia de vías idóneas jurisdiccionales para obtener la supresión de los antecedentes registrados en un certificado emitido con fines laborales.

“...Ahora bien, no obstante la pertinencia de tal solución adversa a la posición del amparista, es relevante señalar, como lo han expresado los tribunales inferiores que, no siendo razonable la pretensión del actor específicamente dirigida a la no consignación de los antecedentes registrados en el certificado emitido con fines laborales, sí cuenta con vías idóneas para obtener —si correspondiere— la supresión de los mismos y de este modo evitar que consten en él, tal como aspira...”

“...En este andarivel no se puede dejar de apuntar que en sede penal podría oportunamente haber instado el sobreseimiento en tales causas y lograr, de ese modo, su eliminación en forma más idónea y efectiva que la intentada por la presente...”

Los argumentos anteriores, instalan la discusión en una competencia de experticias sobre procedimientos adecuados para obtener una certificación libre de causas paralizadas, diluyendo la tensión público-privado que este conflicto representa en el campo social. Asimismo, convierten la confrontación de intereses en una tensión formal entre el individuo y la burocracia de Estado, sin presencia de un aporte argumental de justificación capaz de legitimar la toma de posición en una contienda sustancial entre derechos públicos y derechos privados.

¿Cuáles son los intereses en juego, por qué capital luchan las partes? Podría pensarse en un primer momento que se lucha por derechos, entendiendo que el accionante busca la protección de su derecho a trabajar y a la rehabilitación, los que se encuentran enfrentado con el derecho a la seguridad de los terceros y del todo social en su conjunto. Sin embargo, una mirada más profunda de los argumentos analizados nos advierte que las partes luchan en torno a la obtención de un certificado de antecedentes penales sin mención de causas paralizadas y aún sin resolución, en un contexto donde ganar la lucha se identifica con la experticia para decir e interpretar el derecho, en torno a construcciones jurídico formales que habilitan (o no) la vía estatal de expedición de un certificado que permitirá una nueva identidad social al accionante. En ningún momento se analizan las causas penales paralizadas, ya sea para argumentar una decisión ba-

sada en el cuidado de la inserción laboral y social del accionante y/o para apun-
talar decisorios que hagan a la seguridad de la sociedad (aspecto este último sólo
débilmente esbozado con las referencias al orden público, al interés de terceros
o al interés general). Cabe señalar que la no valoración de las causas paralizadas
implica un serio daño tanto al accionante en relación con sus posibilidades de
rehabilitación, como a la sociedad en términos de prevención del delito.

“...En este andarivel desde la formación de las causas el actor tuvo todas
las posibilidades de lograr su supresión, y por tanto, tal como lo señala la sen-
tencia de la Cámara actuante, el amparo deviene inadmisibile al contar con vías
idóneas para lograr la defensa de sus derechos constitucionales...”

Vemos entonces cómo el caso se desarrolla dentro de los cánones espe-
rados de la competencia de experticias, entre tres agentes jurídicos que ocupan
posiciones y jerarquías diferentes en el campo del fallo. La representación que
el TSJ hace en el discurso del fallo, sobre la posición de estos agentes y la fuerza
de sus disposiciones para la resolución de caso, muestra una distribución de po-
siciones fuertemente jerárquicas que desarrollan estrategias de lucha claramen-
te diferenciadas porque la posición es identificada con el nivel de experticia en
el manejo de textos y herramientas jurídicas de interpretación. De este modo, el
TSJ presenta una estructura del campo que por sí misma fortalece el poder del
juego para unos agentes sobre otros. El fallo presenta al abogado que habla por
el accionante en el nivel más bajo de experticia, casi desarrollando argumentos
centrales que son más propios de las estrategias de convencimiento emocional y
social que de estrategias del campo jurídico. Por otra parte, la Cámara es exhibida
como un actor que reconoce su propia posición en el campo y genera prácticas de
interpretación del derecho fuertemente asociadas a lógicas formales de argumen-
tación jurídica. Es claro en este último agente, el alejamiento respecto del tema de
los derechos constitucionales y de su implicancia en la vida y la subsistencia del
actor, para centrarse en la interpretación y presentación de argumentos dirigidos
a restablecer los lazos formales que unen al accionante con el Estado, en el con-
texto de una política de control y punición formal que sin embargo, no aparece
argumentada desde la compleja confrontación de interés públicos e intereses
privados que este caso envuelve en el campo social global. Entonces, el grado de
conocimiento de la normas, su interpretación y las prácticas burocráticas acep-
tadas en el campo judicial, sirven tanto al tribunal inferior para instruir al accio-
nante de la existencia de la vía jurisdiccional idónea que debió haber seguido: el
pedido de sobreseimiento en cada una de las causas paralizadas, como al TSJ para
reconocer expresamente la diferencia de experticias, validando el rechazo de la
acción y fortaleciendo los argumentos formales que hacen a la decisión jurisdic-
cional de la Cámara, al mismo tiempo que se diferencia al actor en función de su
bajo conocimiento de las herramientas jurídicas. El párrafo muestra cómo el TSJ
representa y reconstruye en el caso la jerarquía de las posiciones y constata la dife-
rencia de disposiciones y capitales jurídicos de las partes entre sí y con él mismo.

“...Así las cosas y no obstante que lo pretendido por el actor no es de po-
sible concreción, por cuanto el antecedente está y puede tener relación funcional
con los puestos de trabajo a los que aspira, razón por la cual estaría excluido de la
excepción del art. 15 de la ley 8691 —que eventualmente podría considerarse de
aplicación en forma analógica— el actor tiene —y desde antes— las vías idóneas
para lograr la finalidad que procura con menor dispendio de tiempo y recursos...”

Cabe recalcar la capacidad experta del TSJ en las reglas de juego y las herramientas propias del campo jurídico. Dicho potencial le permite, resolver las divergencias entre los otros dos intérpretes, presentando una argumentación que incorpora la percepción de un sistema de normas y de prácticas fundado a priori en la equidad de sus principios, la coherencia de sus formulaciones y el razonabilidad de sus aplicaciones, es decir, como participando a la vez de la lógica positiva de la ciencia y de la lógica normativa de la moral (Bourdieu, 2001).

Asimismo, mientras indica la posición debilitada del accionante en la contienda, en base a su escasa disponibilidad de interpretación de normas y prácticas del campo, refuerza en el caso de la Cámara la cohesión social del cuerpo de intérpretes estatales, indicando de este modo que el decisorio expresa no la voluntad y la visión del mundo del juez sino la voluntad de la ley.

En el fallo no se advierte que el accionante o la Cámara argumenten sobre la demora que ha tenido la sustanciación de las causas delictivas en contra del primero. La demora aparece débilmente delineada, casi escondida a pesar de la inmensa importancia social que reviste, tanto para el afectado como para la sociedad en su conjunto. Los problemas de estructura que afectan el cumplimiento de las funciones del poder judicial en sede penal, impactan tanto sobre el accionante como sobre la sociedad toda pues no hay política posible de seguridad jurídica y social cuando las causas son archivadas sin conclusión. Respecto de este silencio, podría pensarse que a pesar de la fuerte diferenciación jerárquica y de los intereses opuestos que caracterizan a los agentes que viven de la producción y venta de bienes y servicios jurídicos, las reglas del campo ayudan a sostener una coherencia interna que tiende a desarrollar una fuerte complicidad (Bourdieu, 2001), entre todos los agentes del campo.

4. La confrontación interés público versus interés privado

El fallo reconstruye también los discursos centrales del accionante y del tribunal inferior en relación a la tensión de los intereses públicos y de los intereses privados que ambos manifiestan.

El fallo expone que el accionante:

“...Acusa que desde que comenzó este proceso sus posibilidades de conseguir trabajo formal han sido aniquiladas por completo, sin solución de continuidad; por cuanto nadie contrata a un trabajador que presenta un certificado de antecedentes penales en el que consten inscripciones de causas abiertas por la justicia penal...”

Como ya lo habíamos mencionado, citando el mismo párrafo, los argumentos centrales del actor se instalan fuertemente en intereses individuales y concretos, contextualizados principalmente por necesidades de incorporación e integración a la vida laboral. Con una fuerte percepción del interés individual, el interés público general, como contrapartida, no es percibido, y se muestra como inviable de ser atendido frente a acciones individuales cuya confrontación se reconoce sólo con la parte institucionalizada de lo público: el Estado.

“...Deriva (*el accionante, según el TSJ*) que, en consecuencia, el razonamiento de la Cámara ingresa en el vicio de falta de razón suficiente al considerar que la expedición de un certificado a los fines de obtener empleo es equiparable con la supresión de los datos registrales, y asimismo al entender

que con la expedición del certificado se afectan intereses públicos y de terceros cuando en realidad la administración pública y la judicial tienen la posibilidad de conocer esos datos por la vía correspondiente, por la sencilla razón de que continuará vigente en los asientos del registro. *Aclara que, con respecto a terceros el desarrollo argumental es contradictorio puesto que, conforme a la normativa, por ser cuestiones penales, aquellos no tienen derecho y por tanto, tampoco interés jurídico, de acceder a los antecedentes penales de las personas, pues la ley no los faculta...*¹⁴.

Se refuerza este interés aduciendo la vulneración a la dignidad y al honor, bienes valorados sin embargo no tanto en sí mismos, cuanto como cualidades a ser exhibidas para lograr un trabajo.

“...Señala (*el accionante, según el TSJ*) que también se vulnera su dignidad individual y el derecho al honor porque se colocan en el certificado causas que están pendientes o en estado de sumario que eventualmente pueden resultar absueltas o sobreesidas, y quien recibe el certificado duda sobre la honestidad de la persona que figura en el mismo...”

Frente a la fuerte valoración de los intereses privados que hace el accionante, el tribunal inferior se instala en la defensa de los intereses públicos. No obstante, del mismo modo que el particular, este agente judicial tiende a identificar el interés público con el interés del Estado como organización de dominación; por ello más que acentuar el interés público lo que involucraría al todo social, acentúa el orden público que establece una relación directa entre el delincuente y el Estado a través de una política punitiva, desde la que se sostiene la validez del rechazo de la pretensión del actor. La relación con la sociedad ya sea en términos de condicionamientos, necesidades o intereses públicos, es relegada de la consideración, mientras crece la construcción de una visión donde se relacionan fuertemente el delito en tanto práctica individual, el Estado y la política punitiva del mismo.

“...Entiende (*la Cámara, según el TSJ*) que articular esta vía importa expandir el derecho al olvido cuando está involucrada materia penal y ello no corresponde salvo en los términos específicos de caducidad del Código Penal ya analizados, por cuanto el actor cuenta con una vía específica que necesariamente debe transitar —solicitar el sobreseimiento por prescripción— *porque allí se involucra una cuestión de orden público que es el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado*. Sostiene que si ella está extinguida por el transcurso del tiempo y entonces lo afecta el procedimiento penal detenido indebidamente, debe utilizar las herramientas que no pueden ser eludidas con el argumento de urgencia en el acceso al empleo dados los intereses superiores en juego y *éste es el verdadero argumento que hace justo el rechazo...*”¹⁵.

En un primer momento, la tensión público/privada se instala entonces en la competencia entre estos dos actores analizados. Los argumentos de la Cámara toman una posición clara respecto de la defensa de lo público, pero entendida como la defensa del Estado y su capacidad soberana respecto de las políticas de control y prevención del delito.

¹⁴ La bastardilla nos pertenece.

¹⁵ El resaltado en cursiva nos pertenece.

5. La función de cuasi-legislación en la “burocracia de Estado”

Hasta aquí, el fallo se desenvuelve en el marco del campo jurisdiccional del poder judicial provincial; podríamos pensar que allí finaliza la argumentación del TSJ, validando el fallo del tribunal inferior. Sin embargo, es en este momento donde se presenta lo más interesante para el analista: el TSJ instruye al accionante y a la Cámara sobre los procedimientos de obtención del certificado buscado, en términos de una solución no jurisdiccional. De esta manera, muestra una nueva posición de jerarquía, que le permite imponer soluciones burocráticas a un conflicto, en base a su poder de decisión al interior del campo administrativo judicial.

“...Ahora bien, en caso de haberse paralizado las mismas, no es necesario transitar el camino jurisdiccional para arribar a una resolución judicial exculpatoria como lo entiende el accionante, toda vez que este Tribunal Superior de Justicia a los fines de allanarle el camino a quienes, como el actor, cuentan en sus registros con la anotación de antecedentes de procesos penales de considerable data, dictó el Acuerdo Reglamentario (Serie ‘A’) n° Setecientos sesenta y cuatro de fecha veintinueve de abril de dos mil cinco...”

Ni el accionante ni el tribunal inferior mencionaron el Acuerdo Reglamentario emanado del TSJ, por lo que acrece la posición jerárquica de éste al marcarles su ignorancia e indicar al primero su estrategia errónea en la praxis para la satisfacción de su interés, mientras implícitamente reprocha al segundo no haberse incorporado a la dinámica comunicacional interna del Poder Judicial, para terminar haciéndose cargo de la necesidad de mayor difusión del referido acuerdo, regulador (como si fuera la ley) del campo específico aquí analizado.

“...Repárese que la posibilidad que brinda el Acuerdo Reglamentario (Serie ‘A’) n° Setecientos sesenta y cuatro de fecha veintinueve de abril de dos mil cinco, así como la vía de instar el sobreseimiento, tiene una vigencia anterior a la interposición del amparo y otorga una solución superadora de lo pretendido toda vez que es definitiva y gracias a tal característica, pondría fin de una vez por todas a la situación del actor de la que éste reniega...”

“... Para finalizar, cabe precisar que los antecedentes suscitados en esta causa así como la existencia de causas similares en otras instancias de este Poder Judicial nos persuaden de la necesidad de otorgar mayor publicidad al Acuerdo Reglamentario n° Setecientos sesenta y cuatro —Serie ‘A’— de fecha veintinueve de abril de dos mil cinco, razón por la cual se estima menester oficiar a la Dirección de Asuntos Judiciales de la Policía de la Provincia de Córdoba, División Documentación Personal a los efectos de que tome las medidas que estime pertinentes para hacer conocer a aquellos que soliciten ante tal dependencia la emisión de los mentados certificados, de lo dispuesto por este Tribunal Superior de Justicia mediante la citada reglamentación...”

Pero lo verdaderamente interesante de lo dispuesto en el Acuerdo Reglamentario sobre las certificaciones penales es que a través del mismo el TSJ actúa de manera tal que nos hace comprender abiertamente el poder del Estado, en tanto principio de acción capaz de imponer y de inculcar de manera universal, a escala de una cierta jurisdicción territorial, principios de construcción de la realidad social y de las realidades individuales, principios de “sentido común” que se aplican al orden social (Bourdieu, 2000).

“..Así, en dicho reglamento se advirtió que el art. 51 no prevé la situación que se presenta en relación a las solicitudes de antecedentes de procesos paralizados tales como los que fueron remitidos al Archivo del Poder Judicial...”

“..Frente a tales casos y a los efectos de no colocar a los ciudadanos en peor situación que los que fueron condenados, supuestos en que el art. 51 del Código Penal contempla un plazo de caducidad de los registros, consideró que corresponde reglar también un término de caducidad para estos antecedentes...”

“..En dicha tarea, estimó que en aquellos procesos que se encontraban paralizados sin sentencia, la prescripción se habría operado conforme lo dispuesto por el art. 62 del Código Penal toda vez que los plazos fijados en esta regla resultan adecuados para la caducidad de los antecedentes...”

“..Tales canales verdaderamente custodian el principio de inocencia y el derecho al trabajo que se esgrimen en la demanda, pilares fundamentales que son celosamente amparados por el ordenamiento jurídico vigente, siempre, naturalmente en relación con los intereses públicos que el Estado tiene el deber de resguardar. De esta forma se construye el sano equilibrio que debe reinar entre el interés particular, el interés público y el interés de terceros...”

Nótese que también se instituye a través de la interpretación una nueva realidad de “sentido común de derecho” ya que el Acuerdo Reglamentario mentado, utiliza para justificar su legitimidad su relación con los arts. 62 y 51 del CP de la Nación. Sin embargo, el acuerdo reinterpreta los términos del art. 62 del CP de la Nación de manera generalizada, cuando el mismo establece una expresa clasificación de tipo de delitos, penas y su correlación con los tiempos de prescripción¹⁶. Asimismo, equipara la caducidad de antecedentes por paralización de la causa, en función de deficiencias de la estructura y de los procedimientos del sistema judicial, a los principios de valoración penal del suficiente cumplimiento de la pena incluidos en el art. 51 del mismo código¹⁷.

¹⁶ CP de la Nación Argentina: Art. 62.— *“La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:*

1º. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua;

2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años;

3º. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;

4º. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;

5º. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa”.

¹⁷ CP de la Nación Argentina: Art. 51. — *“Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreesimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.*

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales;

2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;

3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1. Cuando se extingan las penas perpetuas;

“...Por todo ello dispuso que en los procesos en los que haya fenecido dicho término, el Archivo del Poder Judicial expedirá una constancia de caducidad a los efectos de que otros entes que lleven registros penales, la registren...”

“...La constancia de caducidad habilita la expedición de certificados sin su mención, ya que tales antecedentes se consideran caducados a todos sus efectos (art. 51 del Código Penal)...”

Como se advierte, el TSJ impone mediante este Acuerdo Reglamentario un significado dominante que legitima como una visión correcta, impuesta al término de luchas contra visiones rivales, naturalizándola desde su calidad de agente del Estado (Bourdieu, 2000). Se trata de una visión políticamente construida que servirá como categoría de percepción de lo que es justo, mientras oculta la elección tomada, en términos del juego de luchas entre intereses públicos, intereses privados e intereses institucionales. No se debe perder de vista que esta práctica deriva de su posición jerárquica en el campo y es a la vez una construcción de las prácticas (actos oficiales) asociadas a la misma.

Desde la perspectiva de P. Bourdieu (1997), este tipo de actos son eslabones de la larga cadena de actos oficiales de consagración, en los que el Estado, a través de sus agentes, oficia como un banco de capital simbólico, garantizado en base a actos de autoridad. Actos que son arbitrarios pero que son válidamente reconocidos en tanto emanados de un agente con fundamento para llevarlos a cabo, en representación del Estado. El certificado de antecedentes penales que surgiría de la aplicación del Acuerdo Reglamentario del TSJ, pertenece a ese tipo de actos. Se trata de un discurso simbólicamente eficaz, cumplido en situación de autoridad por agentes autorizados, que obran ex officio, en tanto que detentan una función asignada por el Estado. La declaración pública que estos certificados realizan, produce efectos tanto en el campo legal como en el campo laboral y social, generando una identidad socialmente garantizada que anuncia a los terceros lo que una persona “es”, lo que tiene derecho a ser, lo que tiene derecho a reivindicar y a ejercer (en oposición al ejercicio ilegal) (Bourdieu, 1997). De esta manera el Estado ejerce un verdadero poder creador sobre las biografías personales de modo doble: vistas internamente, desde sí mismas, y desde su percepción externa.

6. Reflexiones finales a manera de conclusión

Tanto en el resolutivo del campo jurisdiccional, como en la recomendación del uso de la pragmática solución administrativa judicial presente en el fallo del TSJ, los agentes compiten por una interpretación exitosa de la ley acerca de la obtención/no obtención de una certificación emanada del Estado que otorgue valor sobre una identidad social. Y en ambos espacios de relacionamiento del mismo campo jurídico, faltan argumentaciones jurídicas sólidas que den razones de constataciones empíricas y de justificaciones jurídico-filosóficas acerca

2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;

3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;

4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado”.

de la conveniencia de rechazar o admitir el pedido en función de los intereses en conflicto, de la biografía del accionante, de la magnitud de los delitos y del tiempo transcurrido desde las causas abiertas y luego paralizadas.

La imposibilidad estructural que posee en este momento la institución judicial, para dar respuesta jurídica a los casos planteados en tiempos razonables, deviene en nuestro caso en una posición que no resuelve ni la necesidad de rehabilitación y reinserción del accionante, ni la necesidad de seguridad del resto social, ni el control del delito.

En el caso de la solución otorgada por el TSJ por fuera del ámbito jurisdiccional, para la obtención del certificado de antecedentes penales sin mención de las causas paralizadas, se trata de la construcción de un capital simbólico eficaz para la actuación social y laboral del accionante, claramente desvinculada de los objetivos políticos simbólicos del control del delito y fuertemente adherida a criterios pragmáticos y a decisiones administrativas.

Es evidente que el TSJ advierte la contradicción entre la necesidad de administrar eficientemente la gestión de conflictos, frente a una constante y numerosa demanda jurídica y los límites estructurales del sistema de justicia. En ese panorama, es clara su decisión de asegurar una solución que permita al sistema adaptarse a la situación real. Lo hace apoyado en las posibilidades de su posición jerárquica, con un verdadero acto de creación que introduce una interpretación del Código Penal indispensable para la supervivencia del sistema. El Acuerdo Reglamentario (Serie "A") n° 764/2005 le permite aplicar una ley que, tomada al pie de la letra no debería serlo, obteniendo el máximo partido de su elasticidad y de sus lagunas.

Resulta de interés remarcar que ni el accionante, ni la Cámara reconocen la existencia de esta regla pragmática que deberían haber integrado a sus conocimientos respecto de las reglas y prácticas del campo. Este olvido o desconocimiento, es un indicio de que los intérpretes del sistema no tienden a funcionar espontáneamente en términos de reglas y prácticas cohesionadas por la disciplina de un cuerpo jerarquizado, generando un gran desgaste institucional y personal.

En el caso analizado, ambas soluciones propuestas, portan algún grado de déficit. La jurisdiccional, adoptada como resolución del caso en sede judicial, queda estancada en la literalidad de normativas que regulan las condiciones de administración de los certificados penales y que, pensadas desde el control punitivo penal como mediación para el logro de la paz social, priorizan el castigo para la protección de los intereses públicos. En esta dimensión, la decisión muestra la importancia formal de la idea de castigo, asumiendo la necesidad castigar como símbolo del poder del Estado, aun cuando no se ha sustanciado el proceso por situaciones específicamente relativas al sistema judicial. Por su parte, la solución administrativa que comunica y recomienda el TSJ, aparece como contraria, marcando el "principio de inocencia, el derecho al trabajo, el sano equilibrio, el interés particular, el interés público y el interés de terceros". Sin embargo, la decisión de emitir un certificado oficial que garantiza una identidad supuestamente virgen de prácticas ilegales, fundada en base a problemas propios de la estructura del sistema judicial y sin merituación de los casos paralizados, desplaza las necesarias complejidades de la política del control del delito a largo plazo y favorece necesidades individuales e institucionales inmediatas. De este modo, se evita

reconocer la incapacidad estatal para dar respuesta, tanto al accionante que a lo mejor merecía un sobreseimiento o la imposición de un castigo proporcional, como al interés público y de terceros respecto del cuidado de la seguridad social.

En acuerdo con lo hasta aquí analizado, puede remarcarse que el caso analizado da cuenta de la teoría bourdiana sobre el campo jurídico, en el sentido de que el contenido práctico de la ley que se revela en el fallo es el resultado de una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales, por tanto desigualmente capaces de movilizar los recursos jurídicos disponibles (a través de la exploración y la explotación de las “reglas posibles”) y de utilizarlos eficazmente; es decir, como armas simbólicas para hacer triunfar su causa. Asimismo, tal como lo explica la teoría, el efecto jurídico de la regla, es decir, su significación real, se determina en la relación de la fuerza específica entre los profesionales actuantes y no por el mayor o menor valor de justicia de los intereses privados y públicos confrontados (Bourdieu, 2001).

Por último, se destaca en el fallo analizado que la relación con la sociedad ya sea en términos de condicionamientos, necesidades o intereses públicos, es atendida débilmente en las consideraciones enfrentadas, mientras crece la construcción de una visión donde se relacionan fuertemente el delito en tanto práctica individual, el Estado y la política punitiva del mismo.

Bibliografía

ATIENZA, M., “Libertad de información y ponderación”, *El Notario del siglo XXI. Revista online del Colegio Notarial de Madrid*, Nº 30, 2010.

BOURDIEU, P., *Campo intelectual y proyecto creador*, Ed. Montessor, Jungla simbólica, Buenos Aires, 2000.

— *Espíritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático en Razones Prácticas sobre la teoría de la acción*, trad. de Thomas Kauf, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997.

— “La fuerza del derecho. Elementos para una sociología el campo jurídico” en *Poder, derecho y clases sociales*, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.

BUENO ARÚS, F., *La cancelación de antecedentes penales*, Thomson/Civitas, Madrid, 2006.

GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de M. Sozza, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.

JACOBS J. B. - LARRAURI, E., “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España”, *Revista para el Análisis del Derecho - InDret*, Nº 4/2010, www.indret.com.

RALLO, A., “La garantía del derecho constitucional a la protección de datos personales en los órganos judiciales”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Nº 5, 2009.



PERSPECTIVAS SOBRE LA MODERNIDAD Y PAPEL DE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES EN ELLA. ARTICULACIONES ENTRE LAS OBRAS DE JÜRGEN HABERMAS Y ALAIN TOURAINE*

*Nerea Lucrecia Jodor***

Resumen: La modernidad como ideal ha sido objeto de variados juicios y reformulaciones desde las diferentes disciplinas de las ciencias sociales. En el presente trabajo interesa ahondar sobre algunas perspectivas sociológicas críticas pertenecientes al paradigma hermenéutico que proponen a los movimientos sociales como espacios propicios para la reconstrucción del ideal moderno. Específicamente se realizará un recorrido por las perspectivas críticas a la modernidad de Jürgen Habermas y Alain Touraine estableciendo similitudes y diferencias; para luego articular ambas perspectivas en torno al rol de los movimientos sociales en la reconstrucción del ideal moderno.

Palabras clave: modernidad - movimientos sociales - Jürgen Habermas - Alain Touraine.

1. Introducción

Desde el inicio las ciencias sociales han contado con dos grandes paradigmas desde los que abordar al individuo, las relaciones sociales que entabla y la sociedad en su conjunto, éstos son: el positivismo y la hermenéutica. El primero todo lo racionaliza en búsqueda de leyes universales que expliquen los hechos sociales y los comportamientos humanos; y a la vez sean obtenidas mediante la observación y comprobación científica que permiten establecer cómo, cuándo y por qué ocurren determinadas situaciones. En consecuencia lo social es asimilado a lo natural, a un organismo vivo que orienta la acción hacia lo que es bueno tanto para el individuo como para el conjunto. El segundo gran paradigma tiene una tradición más bien filosófica que distingue entre el mundo natural y el mundo humano. Así las ciencias que tienen por objeto al hombre y su conducta se llaman ciencias del espíritu; su método viene dado por la comprensión e interpretación de la conducta. Se reconoce así la existencia de un sujeto histórico, producto de la experiencia humana individual y colectiva que solo puede entenderse dentro de un contexto determinado y según el sentido que los individuos dan a sus acciones. De la combinación práctica de ambos paradigmas surge la modernidad como ideal que se autodefine y construye como la revelación de una realidad objetiva asequible a la razón humana contraria a lo tradicional. Esta autoconstrucción la lleva a convertirse en una ideología que necesariamente debe avasallar a los particularismos; ordenar lo social según la racionalidad; salir de la

* Recibido 06/05/2016 - Aprobado 25/07/2016.

** Abogada (FDyCS- UNC). Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (FDyCS-UNC). Maestranda en Sociología en el Centro de Estudios Avanzados de la UNC. Becaria de la Secretaría de Ciencia y Tecnología (SECYT) de la UNC por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) - FDyCS-UNC. E- Mail: nerealucraciajodor@hotmail.com.

niñez para entrar en la adultez. Touraine sostiene que “...la modernidad significa la antitradición, el trastrueque de las convenciones, las costumbres y las creencias, la salida de los particularismos y la entrada en el universalismo, o también la salida del estado de naturaleza y la entrada en la edad de razón...”¹. La modernidad como ideal ha sido objeto de variados juicios y reformulaciones desde las diferentes disciplinas de las ciencias sociales. En el presente trabajo interesa ahondar sobre algunas perspectivas sociológicas críticas pertenecientes al paradigma hermenéutico que proponen a los movimientos sociales como espacios propicios para la reconstrucción del ideal moderno. Específicamente se realizará un recorrido por las perspectivas críticas a la modernidad de Jürgen Habermas y Alain Touraine estableciendo similitudes y diferencias; para luego articular ambas perspectivas en torno al rol de los movimientos sociales en la reconstrucción del ideal moderno.

2. La superación de Habermas a la Teoría Crítica

Brevemente reseñada la Teoría Crítica es una corriente de pensamiento que se origina con la fundación, en 1924, del Instituto de Investigación Social ubicado en Frankfurt (Alemania). Sus principales exponentes son Adorno y Horkheimer a quienes se sumarán personalidades como Marcuse, Fromm (psicología), Neumann y Kirchheimer (teoría política) y Benjamin (teoría de la cultura). Todas estas personalidades dirigirán sus esfuerzos intelectuales a realizar una crítica a la modernidad como ideal autoconstruido que olvida su propia dialéctica y por ende se autodestruye. Así en 1944 se publicaba un conjunto de ensayos titulado “*Dialéctica de la Ilustración*” en el que se reseña el camino perdido por la humanidad hacia el ideal moderno de universalización, homogeneidad y racionalización. La tesis central de este libro y las demás producciones serán establecer a la modernidad como un mito que oculta una forma de dominación del ser humano hacia el mundo natural y hacia otros seres humanos. “...El proceso de ilustración es pues, el proceso de ‘desencantamiento del mundo’ que se revela como un proceso de racionalización, abstracción y reducción de la entera realidad del sujeto bajo el signo del dominio, del poder... este proceso que quiso ser liberador, ...viciado desde el principio...desarrollado históricamente como un proceso de alienación y cosificación...”². A partir de esta crítica inicial el programa de investigación del Instituto queda delineado en tres ejes disciplinares: 1) *economía política*, mediadora entre la filosofía de la historia y ciencias especiales, dirigida al análisis económico de la fase post-liberal del capitalismo; 2) *psicología freudiana*, capaz de develar las fuerzas “irracionales” de integración que ocultan la conciencia de clase, dirigida a la investigación psico-sociológica de la integración social de los individuos y grupos sociales; 3) *teoría de la cultura*, que muestra cómo la cultura interacciona con las psiquis individuales a través de procesos de socialización; y cómo funciona la cultura de masas propia de los capitalismo avanzados.

¹ TOURAINE, ALAIN, *Crítica a la modernidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

² HORKHEIMER, MAX - ADORNO, THEODOR W., *Dialéctica de la Ilustración Fragmentos filosóficos*, Trotta, España, 1998.

Siguiendo a Honneth³ la principal falla de la propuesta de Horkheimer y Adorno estaba dada por su fuerte arraigo y aplicación de la teoría materialista marxista como crítica dirigida hacia la modernidad, sin tener en cuenta que tal teoría proviene de la misma modernidad. La propuesta teórica cae así en un funcionalismo cerrado en el cual se olvidan tanto los procesos comunicativos de la vida como la praxis social que los sujetos generan y desarrollan en forma creativa y orientada a fines. No obstante la superación del funcionalismo marxista ya se avizoraba cautelosamente en las propuestas e investigaciones de lo que Honneth llama el círculo externo de la Escuela de Frankfurt (Fromm, Neumann, Kirchheimer, y Benjamin). Estos autores “... *comprendieron en seguida que los contextos de vida social se integran mediante procesos de interacción social; las concepciones de este tipo desarrolladas por la teoría de la comunicación están anticipadas en la teorías del compromiso político elaborada por Neuman y Kirchheimer, así como en el concepto de experiencia social desarrollado por Benjamin en sus sociología de la cultura...*”⁴.

En este contexto un joven Habermas se incorpora como ayudante de Adorno al Instituto de Investigación Social al cual perteneció oficialmente unos pocos años —casi un lustro—, tiempo suficiente para ser considerado desde heredero, pasando por traidor y recopilador, hasta ser un sincero y sutil renovador de esta corriente de pensamiento. Lo cierto es que fiel a sus curiosidades filosóficas que lo llevaban a caminos intelectuales disímiles a los recomendados y marcados por sus tutores decidió seguir principalmente a su contemporáneo y amigo Karl-Otto Apel y aproximarse a las filosofías de Heidegger y Wittgenstein —a las que también criticaría—. La obra que terminó por consagrarlo como uno de los autores más importantes de nuestra época es “*Teoría de la Acción Comunicativa*” (1981) —en adelante TAC—, donde da importancia a la interacción social como elemento esencial en la reproducción de las sociedades modernas, sin dejar de lado la perspectiva crítica. Habermas, propone superar los obstáculos de la crítica inicial a la modernidad de la Escuela de Frankfurt elaborando y reelaborando la misma perspectiva teórica en mixtura con otras corrientes de pensamiento. En sus propias palabras: “...*El programa de investigación de los años treinta venía sostenido por la confianza, nutrida por la filosofía de la historia, en un potencial racional de la cultura burguesa, que bajo la presión del desarrollo de las fuerzas productivas se desataría en movimientos sociales. Pero paradójicamente...se vieron forzados en la opinión de que en las sociedades post liberales la cultura pierde su autonomía y queda incorporada, en las formas desublimadas que adopta la cultura de masas, al engranaje del sistema económico-administrativo...*”⁵. En este sentido argumenta como presentación de una nueva forma de aplicar el pensamiento de Frankfurt que “...*la teoría de la acción comunicativa representa una alternativa a la filosofía de la historia; esta se ha vuelto insostenible, y, sin embargo, a ella permaneció ligada la vieja Teoría Crítica...*”⁶. Más adelante cuando publica los complementos y estudios previos a su obra TAC (1989) expresa “...*mi propia tenta-*

³ HONNETH, AXEL, “Teoría Crítica”, en GIDDENS, A. - TURNER, J., *La Teoría Social Hoy*, Alianza, México, 1990, pp. 445-488.

⁴ HONNETH, AXEL, ob. cit., pp. 470-471.

⁵ HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la Acción Comunicativa I y II. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, España, 1999, p. 540.

⁶ HABERMAS, JÜRGEN, ob. cit., p. 562.

tiva puede entenderse, desde luego, como un intento de proseguir la empresa que la teoría crítica se vio en la necesidad de interrumpir... intento...renovar una teoría crítica de la sociedad que pueda asegurarse de sus propios fundamentos normativos, haciendo suyas las experiencias teóricas obtenidas por la vía que va de Kant a Marx pasando por Hegel; y las obtenidas de Marx a Max Weber y a G. Mead, pasando por Pierce y Dilthey, y articulándolas en una teoría de la racionalidad. Se trata de articular un concepto de razón que ni sea víctima del historicismo o de la sociología del conocimiento, ni tampoco se oponga abstractamente a la historia y los contextos de la vida social...”⁷.

Finalmente Habermas se ubica dentro de la *filosofía del lenguaje* o *paradigma lingüístico* que implica un giro de perspectiva en donde el lenguaje es quien le “abre” el mundo al sujeto, a la vez que es considerado como el espacio y canal propicio para la práctica de la racionalidad y pensamiento humano⁸. Al reelaborar la propuesta nuestro autor toma al ser humano aislado que se enfrenta a un mundo objetivo al que quiere dominar a través del “*trabajo humano*”, y lo pone en un contexto comunicativo que lo une a otros seres humanos a través del lenguaje. Ese lenguaje les permite la comunicación y el entendimiento lingüístico.

3. Habermas: su propuesta teórica y crítica a la modernidad

El sujeto humano se diferencia de las otras especies por la capacidad de dirigir su vida según estructuras lingüísticas que le permiten establecer normas de comportamiento acordadas por todos los integrantes de la comunidad y que posteriormente serán reproducidas socialmente⁹. Para Habermas el individuo es un sujeto que habla y al hacerlo practica de manera inconsciente las *estructuras lingüísticas*, éstas nos permiten la apertura o el conocimiento del *mundo de la vida* y la coordinación de la acción con otros. De la práctica del habla surge el concepto de *entendimiento lingüístico*, hace referencia a los procesos cooperativos de interacción - comunicación que conceden la posibilidad a los sujetos de acordar metas comunes y los medios para llevarlas a la práctica.

Habermas es ante todo un racionalista, cree en la existencia de una racionalidad que le es propia al ser humano y se expresa mediante el “*acto de habla*”. La razón en acción es la que guía la vida social de una persona. La racionalidad del individuo puede medirse a través de sus “*actos de habla*” o “*acción comunicativa*” que idealmente¹⁰ contienen tres pretensiones de validez: a) *la enunciación es verdadera* (pretensión de verdad); b) *el enunciado es moralmente correcto-adequado a la norma moral de la interacción en la que se da* (pretensión de rectitud normativa); y c) *no se oculta ninguna intención* - sinceridad (pretensión de veracidad). Sobre estas tres pretensiones se construye la *racionalidad lingüística*

⁷ HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la Acción Comunicativa complementos y estudios previos*, Cátedra, Barcelona, 2001, p. 416.

⁸ NOGUERA, JOSÉ ANTONIO, “La teoría crítica: de Frankfurt a Habermas. Una “traducción” de la teoría de la acción comunicativa a la sociología”, en *Papers* 50, Barcelona, 1996, pp. 133-153.

⁹ HONNETH, AXEL, ob. cit., y NOGUERA, J. A., ob. cit.

¹⁰ Habermas en su teoría crea y describe tipos ideales al igual que Weber que potencialmente pueden materializarse en la realidad social en la forma en la que fueron formulados, pero nunca de manera completa y aislada. Los tipos ideales son herramientas teórico conceptuales para abordar el análisis y comprensión de lo social.

o *racionalidad del lenguaje*. Cuando ésta es cuestionada, las pretensiones son suspendidas y deben ser argumentadas para volver a ser tomadas como válidas. Este proceso se da a través del *discurso*, que se sustancia en un proceso público de discusión y en el que se acuerdan nuevas pautas normativas consensuadas y coordinadas lingüísticamente para la dirección de la acción. Entonces la acción humana es direccionada por un consenso coherente y comunicativamente logrado antes que por fines determinados mediante relaciones de poder. Así la *racionalidad lingüística*, es propia de todo proceso de modernización y tiene como aspiración la universalidad en cuanto que todo ser capaz de hablar y accionar es racional.

La TAC como teoría sobre procesos sociales queda forjada sobre el concepto de “... *actos de habla comunicativos mediante los que se coordinan las acciones individuales...*” Éstos “...*acumulan pretensiones de validez culturalmente invariantes, que se diferencian históricamente de un modo gradual en el curso de un proceso de racionalización cognitiva... actitud cognitiva...*” donde “...*los sujetos se relacionan con su entorno... desde un punto de vista del éxito...*” surgiendo “...*la posibilidad de coordinar las acciones sociales por medios no lingüísticos... como dinero o el poder... en lugar de... procesos de entendimiento...*” (el resaltado es mío)¹¹. Consecuentemente en las sociedades modernas, el mercado y el Estado se conformaron sin recurrir al proceso de entendimiento o consenso comunicativo.

Entonces *la racionalidad humana como todo lo que deriva de ella* constituye el objeto de estudio propio de las ciencias humanas; en consecuencia la sociología es la disciplina que debe de ocuparse del estudio sobre la *acción comunicativa*. En este sentido, Habermas nutre a su TAC de la obra de Max Weber tomando los tipos ideales de acción y reformulándolos. Reestructura los tipos de acción social racional incluyendo a la *acción comunicativa* cuyo uso práctico no está directamente relacionado con una cuestión teleológica. Así los tipos ideales de acción para Habermas quedan organizados de la siguiente manera¹²:

a) *acción racional con arreglo a fines*, el actor orienta su acción a la consecución de un objetivo específico y según una finalidad concreta que se pretende obtener. Para ello somete a cálculo a todas las consecuencias posibles de la acción como condiciones secundarias del éxito que pretende. La acción puede consistir en un hacer o bien en un no hacer —omisión—; y siempre tendrá por resultado un efecto (positivo o negativo) en el mundo objetivado;

b) *acción instrumental*, en este caso el actor lleva adelante su conducta bajo la observancia de ciertas reglas técnicas de acción. Su eficacia puede medirse en grados de intervención que también se materializan en el mundo físicamente objetivado. Las acciones instrumentales están relacionadas con la interacción social;

c) *acción estratégica*, es un tipo de acción orientada hacia el éxito donde el actor observa cierto conglomerado de reglas técnicas —de la elección racional— pero que su eficacia sólo puede ser medida en función de otra persona. Esto es porque su dirección última es producir una cierta influencia sobre las decisiones de un oponente. Las acciones estratégicas son acciones sociales;

¹¹ HONNETH, AXEL, ob. cit., p. 478.

¹² HABERMAS, JÜRGEN, ob. cit., pp. 384-385.

d) *acción comunicativa*, contrariamente a las *acciones estratégicas*, este tipo de acción no busca influir sobre la decisión de otros teniendo como meta la imposición egocéntrica de una voluntad individual. Por el contrario la *acción comunicativa busca como fin último el entendimiento que culmina en un acuerdo comunicativo*. Este último cuando es alcanzado (o cuando ya existe y se presupone como contexto lingüístico de acción) es un acuerdo fácticamente alcanzado o modificado que siempre remite a una racionalidad humana que reproduce una convicción común.

En la práctica las distinciones de la acción son imposibles realizar, ya que se materializan en el mundo en forma conjunta. El único momento en el que se separan es durante el *discurso*, porque la teleología de la acción se suspende hasta tanto nuevamente se obtenga consenso sobre la coordinación de ésta. Para comprender tal separación, es necesario consignar el concepto de discurso como el espacio donde se da una discusión entre iguales quienes argumentan y contra argumentan hasta llegar al entendimiento y por su intermedio a un acuerdo comunicativo¹³.

El resultado final de la TAC es el apartamiento de la *filosofía de la conciencia*, la acción se convierte en un medio de integración social al ser la fuerza generadora del *entendimiento lingüístico y el acuerdo comunicativo*. Ni la acción racional con arreglo a fines (estratégica); ni la acción teleológica (gobierno de la naturaleza) pueden ser *a priori* racionales, porque la *racionalidad reside en el lenguaje*. En consecuencia la única acción que tiene la potencialidad de emancipar al ser humano de la misma modernidad en la que se vio avasallado es la *acción comunicativa*.

Por su parte el *concepto de sociedad* es construido en dos niveles: el *mundo de la vida* —tomado de Schütz—, y los *sistemas* —tomado de Parsons y Luhmann—. Al combinar ambos conceptos elimina las limitaciones de su aplicación por separado. El “mundo de la vida” refiere a los espacios sociales no estructurados donde los individuos interactúan en base a un “*acervo común*” que se da por “*supuesto*”; éste se constituye por valores, saberes y normas fijadas en base al *entendimiento lingüístico* logrado por la *acción comunicativa* y no a través del cálculo estratégico. Con esta nueva connotación de “*mundo de la vida*”, lo diferencia de la *cultura* entendida como construcciones o definiciones de la realidad que se divisan por encima de los actores. El *mundo de la vida* es concreto, los actores lo construyen con su *acción comunicativa*, porque las instituciones y prácticas se anclan en él, por lo que no solo es un saber implícito sino una forma concreta de vida. El cambio social se explica a partir de aquí: la modernidad racionaliza al extremo el “*mundo de la vida*” a través de el establecimiento de parámetros estéticos, cognoscitivos y normativos que se cristalizan en instituciones modernas guiadas por el ideal universal. Al separar el discurso práctico, teórico y estético con sus respectivas lógicas y pretensiones de validez se logra llegar a acuerdos mediante procesos argumentales que buscan una *racionalidad lingüística* independiente de las tradiciones o cuestiones religiosas o metafísicas.

En la modernidad este *entendimiento lingüístico* puede ser sustituido por mecanismos impersonales de coordinación de la acción que operan fuera de los individuos —por encima de ellos— (se pierde la conciencia y voluntad del sujeto

¹³ HABERMAS, JÜRGEN, ob. cit.

individual en el entendimiento lingüístico). Esto ocurre en las sociedades capitalistas avanzadas donde los mecanismos que operan sobre el sujeto son el poder y la mercantilización; los que al mismo tiempo se traducen dos estructuras: Estado y Mercado. Habermas diagnóstica a la modernidad al dividir el “*mundo de la vida*” y el *sistema*, la excesiva instrumentalización con arreglo a fines del segundo sobre el primero es lo que atrofia los espacios y medios de comunicación naturales donde se da la praxis comunicativa del consenso¹⁴. En otras palabras Habermas considera un avance social la posibilidad de distinguir el “*mundo de la vida*” de dos subsistemas como el poder y dinero porque éstos cumplen una función social de reproducción material del *mundo de la vida* que si se dejara librada al entendimiento lingüístico no sería posible. Pero negativamente el conflicto de modernidad es el sistema capitalista como medio de producción en cuanto que éste no se limita solo a la reproducción material sino que se inmiscuye en la reproducción simbólica, atacando e instrumentalizando los ámbitos naturales de la praxis comunicativa como los espacios de socialización, integración social y cultura, los que finalmente se ven burocratizados o mercantilizados. Con este argumento se mantiene fiel a los conceptos de alienación y cosificación considerándolos patologías de la modernidad. Esto lo lleva a confesar en todas sus obras que la modernidad como proyecto e ideal no es algo acabado sino que pertenece a un determinado contexto histórico y se encuentra en una constante construcción. Para proseguir con el humanismo propio del ideal moderno es necesario recomponer una *racionalidad social* no como *a priori* filosófico, sino más bien como reconocimiento de la capacidad de cada comunidad de autodeterminarse y construir una sociedad más justa¹⁵.

4. Alain Touraine: otra crítica a la modernidad. Pérdida de la fuerza creativa, pérdida del sujeto

El sociólogo francés y contemporáneo a Habermas, también dirige su crítica hacia la modernidad como ideal de racionalización de la sociedad. En una primera etapa de su obra desarrolla la teoría accionista como crítica a un funcionalismo imperante en las ciencias sociales. En ella retoma y reformula los tipos ideales weberianos en relación a la práctica política del movimiento obrero. Lo interesante de la propuesta teórica de Touraine es la recuperación de una categoría: sujeto - agente - actor; generalmente olvidada por las distintas críticas que desde las ciencias humanas se han realizado a la modernidad. Para Touraine¹⁶ esta categoría del pensamiento social ha sido restringida por un análisis de lo social que:

- a) somete al sujeto a normas particulares de grupos sociales determinados y no de toda la sociedad;
- b) las conductas y la socialización son entendidas como reflejos de necesidades humanas generales, olvidando que el sujeto se socializa por medio de valores y normas;

¹⁴ HABERMAS, J., ob. cit.; HONNETH, A., ob. cit.; y MCCARTHY, THOMAS, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Tecnos, Madrid, 1978.

¹⁵ HABERMAS, J., ob. cit.

¹⁶ TOURAINE, ALAIN, *Sociología de la Acción*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

c) existe una causalidad en los hechos históricos pero ella no implica un necesario determinismo histórico materialista;

d) todas las acciones humanas se dirigen a fines y están precedidas por las intenciones de un sujeto individual que busca la posibilidad de imprimir un proyecto personal a su vida.

Touraine centra el desarrollo teórico de una crítica a la modernidad desde dos ejes: el *sincrónico* que revela cual es el modo de funcionar de las sociedades capitalistas modernas donde se ubican “*las relaciones sociales y el ‘sistema de acción histórica’.. los procesos plenos por los cuales los actores sociales crean y cuestionan las normas, las instituciones y los patrones culturales...*”¹⁷. El segundo eje es el *diacrónico* donde se ubica el “patrón de desarrollo” de una sociedad. Allí se encuentran el “*...Estado, las crisis del sistema, el cambio y la conducta de conflicto...*”¹⁸.

La modernidad como ideal se produce como resultado de una triada entre la *idea de racionalización*; *idea de desarrollo e idea de progreso*. La primera refiere a la excesiva necesidad de cientificidad de lo natural y lo social como verdadera fuente de conocimiento; la segunda se apoya en la política como práctica necesaria de todo individuo humano y racional; y por último la tercera, opera como mediadora entre las anteriores y refiere a la correspondencia entre las medidas de desarrollo y el triunfo de la razón. En otras palabras amar el progreso implica hacer política y poner en marcha medidas de desarrollo para la obtención total de la razón, donde el fin último está dado por una sociedad completamente ordenada en la que el sujeto individual y grupal pueda ser definido por sus relaciones intersubjetivas, una sociedad en la cual las leyes que guían el interés del sujeto, son también las leyes utilitarias para el todo social.

La modernidad así logra una universalización de los sujetos bajo los principios de igualdad, libertad y fraternidad. Tal homogeneización se da a través de *procesos modernizadores* que necesariamente deben ser situacionalizados y localizados espacial y temporalmente dando lugar a caracterizaciones propias. Touraine reconoce a tres participantes de los procesos modernizadores: *la nación, la empresa, y los consumidores*; el aislamiento de cada uno de estos actores sociales indica el camino hacia la fragmentación del sujeto¹⁹.

La *nación*, viene a suplantar a la vida tradicional y el derecho consuetudinario por el Estado de Derecho y las normas positivas. La *nación* unifica, deja de lado los particularismos hacia adentro de los límites territoriales y expone hacia afuera una homogeneidad lograda a partir de las instituciones. La *nación* como actora social de los procesos modernizadores logra separar sociedad y Estado, éste último se convierte en el creador de la modernidad y en nombre de aquella *nación* enfrenta a extranjeros y “moderniza” la economía y la sociedad. Pero como *actor social*, ésta no ha surgido de la sociedad en su totalidad, sino que ha sido encabezada por los grupos de elite que definen quién y para quién es la nación, así surgen a lo largo del siglo totalitarismos, populismos, fascismos que apelan a un *sujeto histórico* o a un *pueblo*, completamente indefinido e irrepresentado. Al mismo tiempo desde una mirada centro-periferia, la nación no es

¹⁷ COHEN, JEAN L. - ARATO, ANDREW, *Sociedad Civil y Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 576.

¹⁸ COHEN, J. L. - ARATO, A., ob. cit., p. 576.

¹⁹ TOURAINE, A., ob. cit., 2012.

más que la imposición de un modelo cultural. En sus palabras “.. *la nación no es la figura política de la modernidad... es el actor principal de la modernización... es el actor no moderno que crea una modernidad cuyo control tratará de conservar al tiempo que aceptará perderlo parcialmente en provecho de una producción y de un consumo...*”²⁰.

Por su parte la *empresa* es un actor racional, convierte a la ciencia en técnica de producción que responde eficazmente a las demandas del mercado, dotando de marco a los procesos de modernización, creando expertos que definen funciones, áreas, niveles jerárquicos, modos y procesos de producción, organización de hombres y manejo de flujos de información. La *empresa* da lugar a la lucha de clases, al surgimiento de otro *actor social* - los obreros, el proletariado- . Ya avanzada la modernidad y luego de su decadencia; la *empresa* no es otra cosa que una unidad estratégica dentro de un mercado internacional competitivo y tecnológico.

El último ingrediente de la tríada viene dado por el *consumo*. Cuando éste es practicado por los grupos e individuos deja de ser determinado según el valor simbólico cultural atribuido a ciertos bienes, para ser definidos estratégicamente por un sistema de elecciones racionales, tomadas a su vez con el fin de satisfacer una media común manufacturada. El *consumo* ya no está de ninguna manera asociado a la posición social del individuo, y mucho menos a la escala que va desde los bienes indispensables a los suntuosos. Al contrario está determinado por el deseo —positivo o negativo— de ser parte —o no— de una sociedad de consumo y de masas. Tal *consumo de masas* es caracterizado por: la formación de nuevas comunidades o tribus; la focalización y creación de los consumidores por la empresa productora de la oferta (el *prosumer*); y por la posibilidad —del consumidor— de defender y afirmar la identidad individual. Éste último punto será luego visto por el autor como positivo ya que permitirá, aunque sea mínimamente la expresión de una experiencia personal que permita el resurgimiento del sujeto.

A estas fragmentaciones de la modernidad, que abrieron paso a la baja modernidad²¹, debe sumarse el *eros*, que Touraine construye a partir de los postulados de Nietzsche y Freud. Éste no es más que mi deseo de ser Yo, donde la construcción de ese Yo (*Je*) se convierte en el único principio de evaluación de las situaciones y de las conductas. Tal como lo expresa Touraine: “.. *este Yo... no es el individuo concreto... la voluntad de individuación de cada individuo que de este modo se distancia de su yo (moi) psicológico y social y que se vuelve capaz de reconocer a los demás como sujetos, en la medida en que también ellos realizan un esfuerzo de individuación análogo...*”²².

Los *cuatro universos culturales* que hemos descrito están relacionados con la *técnica*, ésta se convierte en *racionalidad de los medios* y no de los fines, asignándole un lugar central a la producción y distribución masiva de bienes y servicios. Produciéndose lo que Weber llamaba “guerra de los dioses”, donde los

²⁰ TOURAINE, A., ob. cit., 2012, p. 138.

²¹ Touraine refiere a “*baja modernidad*” como una etapa de desencantamiento del ideal moderno, que permite a los sujetos individuales emerger y constituir una nueva situación post-social que vuelva a poner sobre el tapete al ideal humanista originario de la modernidad.

²² TOURAINE, ALAIN - KHOSRPAKHAVAR, FARHAD, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, 2002, p. 12.

valores morales modernos se separan de la técnica, separación que produce el ensimismamiento de los *universos culturales*, dejando de estar vinculados por una acción instrumental. Por ello la *razón instrumental* puede ser considerada un eje de la modernidad sobre la que ésta gira, pero no puede ser considerado un principio de ella.

El *desgarramiento del sujeto* viene dado por la destrucción de una parte de la propia modernidad que por una parte *oculta la conciencia* de los individuos no pertenecientes a la elite capitalista, blanca, masculina y racional; y al mismo tiempo olvida la conciencia del grupo dominador bajo el telón de la racionalidad, la universalidad, la libertad y la conformidad con el orden del mundo. El sujeto deja de ser dueño de sus actos, no compromete su historia personal de vida, y tampoco se concibe como actor²³.

En la perspectiva de Touraine el *actor social* debe ser definido en relación a los conceptos de *individuo* y *sujeto*. Éstos son interpretados y construidos teóricamente desde la segunda tópica de Freud. Entonces, el individuo no es más que una unidad donde experiencia y conciencia se encuentran. El sujeto es el paso del *ello* al *yo*, un control ejercido sobre la vivencia para que exista un sentido personal, sin ese sentido personal imprimido en la vivencia - cuerpo - espíritu del individuo, no existe conformación de un *actor social*, este llega a ser tal cuando se inserta en las relaciones sociales y las modifica o transforma, pero sin identificarse con algún grupo. El *actor social*, desde este punto de vista, no está ni definido ni condicionado en su acción por el lugar que ocupa en la organización social. Como resultado el *actor social* deja de ser una *clase social* y ya no se define por la utilidad que representa para el cuerpo social; sino que se convierte en un *movimiento social, histórico o cultural*. Consecuentemente el *sujeto* ya no equivale solamente a la presencia en los individuos de lo universal, aquello que nos hace perseguir fines y metas útiles al todo, ya no es ese todo que vive en mí; por el contrario el *sujeto* es el llamamiento a que el *individuo* se convierta en *actor social*, que comprende que su vida está conformada por el *ello* - libido - deseo - y *súper yo* - roles sociales asumidos. En esta lógica la *subjetivación* es un proceso mediante el cual el *sujeto* se presenta en *mí (self)*, y de esa manera emerge una nueva interpretación del *sujeto* por tanto este se modifica o transforma a causa de la acción del *individuo*²⁴.

Al olvidar el *sujeto*, la modernidad olvida la voluntad del *individuo* de obrar y de ser reconocido como *actor social*, eso *desgarra al individuo* en una división representada por el par *racionalización* y *subjetivación*; por lo que el individuo navega por los elementos y actores de la modernidad (*vida- eros; empresa, nación y consumo*) sin unificarlos y sin transformarlos. Solo transita sin ser dueño de su propia vida; sin ser realmente libre e igual.

Por su parte los *movimientos culturales, sociales o históricos* vendrán a representar un *conflicto social* y un *proyecto cultural*; éstos aspiran a la realización de ciertos valores culturales al tiempo que definen un *adversario social*; la sola reivindicación no representa un *movimiento social*. Estos *movimientos culturales, sociales e históricos* se definen en función de un Movimiento Social (con mayúsculas) que representa la ideología imperante en un contexto histórico.

²³ TOURAINE, ALAIN, *¿Podremos vivir juntos?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

²⁴ TOURAINE, ALAIN, ob. cit., 2012, pp. 207-209.

Touraine suplanta, así, la categoría *clase social* por *movimiento sociales, culturales o históricos*; éstos representan un llamamiento a la *subjetivación* frente a la *racionalización*; que logre hacer reconocer al *otro* como un autentico individuo capaz de combinar su *ello* y su *yo (sí mismo)*, y de esta manera constituirse como un *actor social* que transforma o modifica lo *social*. El sujeto revolucionario deja de ser la *clase social- proletariado-* y pasa a ser un *movimiento social, cultural o histórico*. De ello deriva que la verdadera capacidad de reconocer al *otro*, no está dada por las prácticas de *tolerancia* instituidas por la secularización, el derecho positivo moderno y la universalización de los derechos humanos. Si no que los *movimientos sociales, culturales o históricos* que se definen en función de éstos, son los espacios donde el llamamiento al *sujeto opera plenamente y los individuos logran reconocer a los otros como creadores de sí mismos*.

5. Articulaciones entre las obras de Jürgen Habermas y Alain Touraine sobre la modernidad y el rol de los movimientos sociales en ella

La estructura teórica desarrollada por Habermas puede combinarse con la propuesta teórica de Alain Touraine. Este último en su obra *¿Podremos vivir juntos?* plantea la existencia de una sociedad dividida en dos planos: el *mundo instrumental*, donde aglutina a la técnica y la economía; y el *mundo simbólico*, espacio identitario. Éstos se ven en latente división en una *baja modernidad* a causa del excesivo imperio de la acción estratégica (espacio donde ubica al poder) por encima no solo del *mundo simbólico* sino también por encima de lo *instrumental y económico*. Lo que para Habermas es colonización del mundo de la vida; para Touraine es un proceso de *desocialización* propio de la *cultura de masas de la modernidad* y acrecentado en la baja modernidad “...que hace que solo vivamos juntos en la medida en que hacemos los mismos gestos y utilizamos los mismos objetos, pero sin ser capaces de comunicarnos entre nosotros más allá del intercambio de los signos de la modernidad...”²⁵. Ampliando esta idea para Touraine el *mundo simbólico* es donde se desarrolla lo cultural como acervo común de los sujetos y espacio en el cual se logra el entendimiento comunicativo; a diferencia de Habermas no vuelve a connotar el concepto de “*mundo de la vida*” propio de la tradición fenomenológica, pero sí lo reconoce como espacio propio del *acuerdo comunicativo*. A la vez, tal *mundo simbólico* se ve separado del *mundo instrumental* de tal forma que la globalización avanza sobre los espacios “privados” de las comunidades, obligándonos a perder la identidad particular para ser parte de una *cultura de masas* propia del capitalismo avanzado. Esa *desocialización* en la que nos sumergimos nos obliga a emerger como reacción defendiendo una determinada identidad individual y comunitaria que nos lleva a transcribir en el exterior la necesidad de su reconocimiento. ¿Quién es el *sujeto* que debe volver a identificarse? En primera instancia es el *sujeto individual* el que debe volver a armonizar identidad y técnica, o en otras palabras la conciencia de sí y la instrumentalidad. En una segunda instancia los sujetos reconstituidos son los que conformarán —a través de la *comunicación* y el reconocimiento de los otros— sujetos colectivos que no son otra cosa que los “*nuevos movimientos sociales*”. Éstos son los espacios simbólicos desde donde se llevarán adelante las acciones

²⁵ TOURAINE, ALAIN, ob. cit., 2006, p. 9.

de reacción frente a la *desocialización*. En el mismo sentido Habermas sostiene que la actual situación de *instrumentalización de la praxis comunicativa*, propia del vaciamiento del ideal moderno, puede resistirse y hasta modificarse a través de la valorización de los “*nuevos movimientos sociales*” como opositores a la colonización del “*mundo de la vida*” por los subsistemas económico y burocrático. Ellos son quienes luchan en contra de una comunicación distorsionada y buscan el *entendimiento lingüístico* a partir del consenso²⁶.

Tal como surge de sus propuestas teóricas el derrumbe del *ideal moderno* —*universalidad*— por la *colonización del mundo de la vida* por los subsistemas económico y político (Habermas) o por la *desocialización* producida por la *disociación de los mundos simbólicos e instrumental* (Touraine), es un acontecimiento destacado por ambos autores. Esta situación nos lleva a ser parte de una *cultura de masas* capitalista y la producción de *discursos totalitarios* con un retorno desmedido a la vida comunitaria, ejemplos de este último caso son los movimientos religiosos de ultra derecha que buscan la reivindicación de valores tradicionales o los movimientos islamitas que luchan contra la sociedad capitalista occidental. O bien el excesivo occidentalismo que se impone frente a otras culturas y acervos de conocimiento común. La pérdida del ideal moderno debilita los vínculos “... *que, a través de las instituciones, la lengua y la educación, la sociedad local o nacional... establecía entre nuestra memoria y nuestra participación impersonal en la sociedad de producción, y nos quedamos con la gestión, sin mediaciones ni garantías, de dos órdenes separados de experiencia...*”²⁷.

En cuanto a la tarea de la sociología como disciplina humana, ambos acuerdan que si bien anteriormente definía las conductas mediante las relaciones sociales en las que estaban implicados los actores; actualmente ya no existe relación social en una sociedad en el cual el *mundo simbólico e instrumental*, se encuentran divididos y separados. Por tanto, se debe comprender a la acción social en su *racionalidad*, la que para Habermas se encuentra en lo *lingüístico* y para Touraine en la *posibilidad de dotar de sentido a nuestras propias vidas*. A pesar de tal diferencia, ambos han asignado en realidad a la sociología un matiz político, ya que la *racionalidad lingüística* se manifiesta durante un *discurso público en el que participe la mayor cantidad de personas*; y por su parte el *proceso de subjetivación* sólo puede darse en la *participación de lo público* mediante la *identificación directa o indirecta con un movimiento social, cultural o histórico*. Apoyo esta consideración en el argumento compartido por ambos autores, de que los ciudadanos de las modernidades capitalistas avanzadas son “*universales*” pero no practican las responsabilidades cívicas, derechos ni deberes. Y coyunturalmente existen grupos comunitarios defensores de su privacidad dentro del espacio público sumergido en la *cultura de masas* del capitalismo avanzado.

En este escenario Touraine se pregunta *¿cómo comunicarse con los otros y vivir con ellos?* Apela a las formas o modelos sociales pasados de comunicación y acuerdo comunicativo dentro del “*mundo de la vida*” de Habermas o lo que él llama “*mundo simbólico*”. La esperanza está en el *sujeto individual* y a partir de éste en el *Sujeto Colectivo* —nuevos movimientos sociales— ya que la disocia-

²⁶ HABERMAS, J., ob. cit.

²⁷ TOURAINE, ALAIN, ob. cit., 2006, p. 12.

ción de los *mundos simbólico e instrumental* vive en nuestro ser. Es por ello que todos podemos ser posmodernos al no existir una vocación revolucionaria de una clase o nación. En el trascurso del proceso de construcción identitaria del sujeto individual opera la posibilidad de volver a combinar las diferencias en una *unidad de vida colectiva* a través del reconocimiento de los otros; y así expresar tal unidad en el ámbito público mediante la acción colectiva coordinada comunicativamente o bien, en términos habermasianos, llegar a un *entendimiento comunicativo* que reformule y dote de nuevo sentido a un *acuerdo comunicativo* anterior como es el ideal moderno.

Touraine, remite al *Sujeto* para volver a unir instrumentalidad e identidad, en un proyecto de vida personal. El individuo transforma una serie de experiencias vividas en construcción de sí mismo y de los otros; como resultado surgen los Sujetos o Actores Colectivos quienes libran el *doble combate* contra los *comunitarios totalitarios* y los *estrategas mercantiles* —reales detentores de poder en la baja modernidad—. En sus propias palabras: “...la única manera de rechazar a la vez el poder absoluto de los mercados y la dictadura de las comunidades es ponerse al servicio del sujeto personal y su libertad, luchando en dos frentes, el de los flujos desocializados de la economía financiera y el de la clausura de los regímenes neocomunitaristas. Estas dos luchas son complementarias...”²⁸. Relacionando esta idea con la propuesta de Habermas, a partir de ese procedimiento de identificación del Sujeto individual con sí mismo y luego con los otros se logra un *entendimiento lingüístico* que vendría a ser la manera de acabar con la *colonización* del “*mundo de la vida*” por los subsistemas económicos y políticos propios del capitalismo avanzado; ya que en el primero se generan instituciones que ponen límites a la dinámica interna de tales subsistemas y los subordina al acuerdo comunicativo.

Otra crítica compartida por ambos autores es la dirigida a la *democracia procedimental* que instituye un derecho propio de la modernidad y de tipo capitalista que bajo el halo de la universalidad y la protección de los derechos individuales. Escenario que no hace más que mercantilizar y establecer la institucionalización de relaciones sociales mediadas por el intercambio; convirtiendo al ser humano y al ciudadano en un ser económico, fundando la práctica de la *tolerancia*. Produciéndose un debilitamiento de todos los espacios de mediación social y política, ocurriendo una *desocialización*. Este es el momento de quiebre entre el *mundo simbólico e instrumental* para Touraine, y el *medio de colonización del mundo de la vida* para Habermas. Al mismo tiempo se recurre a una resocialización, un retorno al ciudadano nacional o republicano, ideal caduco. Esto significa que las instituciones de las *democracias procedimentales* han perdido su capacidad de regulación e integración como la comunicación de los sujetos que las integran. ¿Cómo se reconstruye el mecanismo de regulación de la vida social? ¿Cómo se re-establece el diálogo? Indudablemente, la reconstrucción de una regulación social lograda a través del *entendimiento comunicativo* por parte de los actores es la manera de luchar contra la excesiva estrategia mercantil y los neocomunitarismos totalitarios.

²⁸ TOURAINE, ALAIN, ob. cit., 2006, p. 299.

6. Reflexión

Habiendo explorado brevemente ambas propuestas teóricas, críticas a la modernidad y consideraciones sobre el rol que cumplen los “*nuevos movimientos sociales*” en nuestras sociedades capitalistas avanzadas, es oportuna la elaboración de una reflexión a modo de cierre del texto, no de la discusión teórica abordada. Para ello partiré de la siguiente afirmación: estos “*nuevos movimientos sociales*” forman parte de la sociedad civil que media entre el mercado y el Estado; por lo que necesariamente para “mediar” y “luchar” se sirven de brazos institucionalizados como son las redes de asociaciones civiles emergentes y pertenecientes a movimientos sociales para la consecución y obtención de recursos materiales y humanos. Aplicando las categorías descritas y exploradas a esta afirmación, puede sostenerse que tal proceso de institucionalización que sufren los movimientos sociales o lo que se ha llamado la pérdida del carácter movimientista al verse obligados a tomar una forma jurídica para poder “mediar” y “luchar” por una *descolonización del mundo de la vida*, no ofrecería, aparentemente, más que cristalizarlos dentro de una derecho moderno al aplicarles un mecanismo de *colonización* —forma jurídica positiva— que exige una determinada manera o procedimiento ideal —*del deber ser*— para la toma de decisiones que frustra el proceso comunicativo neutralizando el *entendimiento lingüístico*. Frente a esta oscura situación queda un hilo de luz si reconocemos que existe un pluralismo jurídico en el cual las normas del “*deber ser*” son tenidas en cuenta en el *accionar comunicativo*, pero predominan en este último las prácticas jurídicas, que si bien no gozan de positividad como normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico, si son consideradas como obligatorias por los participantes. Este reconocimiento posibilitaría, por una parte, el cambio de “la forma jurídica positiva” por otra forma de la misma naturaleza que recepte la elasticidad propia de la práctica jurídica para la obtención de consenso; y por otra, una reconstrucción de la *regulación de la vida social* a través del *entendimiento lingüístico real y no ficticio*.

En cuanto al *sujeto individual* resurgido, considero que realmente se encuentra presente dentro de los “*nuevos movimientos sociales*”, materializándose en aquellas personas que directa o indirectamente se identifican con los objetivos y proyectos de tales colectivos. Las elites modernizadoras, como desenlace de este resurgimiento del *sujeto* trataran de acallarlo, amoldarlo a la idea de sociedad funcional, reconociendo *las diferencias* mediante *prácticas de tolerancia*. La ventaja con la que cuentan estos *individuos, actores sociales y el sujeto* es que por una parte las *sociedades postindustriales* son *sociedades de comunicación e información*, por lo que el principio de unidad ha dejado de ser el universalismo para pasar a ser el conjunto de los *derechos humanos*. Por ello Touraine apuesta por una *situación post social*. Esto implica dejar de concebir a la sociedad como aquella en la que los *actores sociales* son representados como clases sociales o grupos bien definidos, donde el conflicto pasa por la lucha entre capitales, producción, dominadores y dominados. Asimilando desde la teoría y praxis que para que existan *actores sociales conscientes de sí* debe dejarse fluir y emerger completamente al *sujeto*, de esta manera los *conflictos serán identificados por encima de lo propiamente social*, en el orden las concepciones culturales que orientan las conductas, y la construcción de *mí mismo* para la transformación y liberación del sujeto.

Esta situación post-social, en el sentido de avance hacia una sociedad cuya regulación de la vida se base en un entendimiento lingüístico real y no ficticio, necesariamente implica que cada persona individual reconozca y practique su propia dignidad humana y a la vez la de los otros. Por otra parte el sentimiento de posible vulneración a la dignidad humana lleva al conjunto de *derechos humanos* a constituirse como el eje sobre el cual giran los conflictos sociales y la piedra angular de un proyecto cultural. De esta manera los individuos se ven aunados bajo el lenguaje de los derechos humanos, posibilitando tanto la identificación como la diferenciación. Ello necesariamente se obtiene por medio de la *ética discursiva* dentro los moldes democráticos, que a su vez se ven dotados de una nueva legitimación al promover un real acuerdo comunicativo en el espacio público operado por la “totalidad” de la población y no solo por las elites que detentan los diferentes espacios de poder.

Dicho de otra manera la posibilidad de que el *individuo* se identifique *en y con* sus pares al interior del *movimiento social, cultural o histórico*, y al mismo tiempo logre diferenciarse *de los otros* a los que identifica como adversarios; permite el resurgimiento del *sujeto*, poder entenderse como mixtura de un Yo (*Je*) y un yo (*self- mí mismo*), permite dar sentido a la vivencia. Por ello es necesario quitar a girones los telones de *tolerancia* tendidos sobre los *derechos humanos*. Y comenzar a concebirlos desde dos perspectivas: la primera como un *acervo común* de principios que guían al proceso de producción de vida personal y por ende a la *acción comunicativa*. La segunda como *herramienta* indispensable para definir los ejes sobre los que giran el *conflicto social* y el *proyecto cultural* de los *movimientos sociales, culturales o históricos*²⁹. Así el conjunto de *derechos humanos* deja de ser producto de la modernidad y cómplice de las prácticas de *tolerancia*. Innovándose y constituyendo su invocación como oportunidades reales de reconocer a un *otro* como *actor social* creador de su propia vida y del todo social.

Bibliografía

COHEN, JEAN L. - ARATO, ANDREW, *Sociedad Civil y Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la Acción Comunicativa I y II. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, España, 1999.

— *Teoría de la acción comunicativa complementos y estudios*, Cátedra, Madrid, 2001.

HONNETH, AXEL, “Teoría Crítica”, en GIDDENS, A. - TURNER, J., *La Teoría Social Hoy*, Alianza, México, 1990, pp. 445-488.

HORKHEIMER, MAX - ADORNO, THEODOR W., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Editorial Trotta, España, 1998.

MCCARTHY, THOMAS, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Tecnos, Madrid, 1978.

NOGUERA, JOSÉ ANTONIO, “La teoría crítica: de Frankfurt a Habermas. Una ‘traducción’ de la teoría de la acción comunicativa a la sociología”, en *Papers* 50, Barcelona, 1996, pp. 133-153.

TOURAINÉ, ALAIN, *Crítica a la modernidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

²⁹ TOURAINÉ, ALAIN, ob. cit., 2006.

— *¿Podremos vivir juntos?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

— *Sociología de la Acción*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

TOURAINÉ, ALAIN - KHOSRPAKHAVAR, FARHAD, *A la búsqueda de sí mismo. Diálogo sobre el sujeto*, 2002, p. 12.



LA EXPLOTACIÓN DE UNA NECESIDAD: UNA DISCUSIÓN FILOSÓFICA SOBRE SU ILICITUD PENAL**

José Milton Peralta***

Resumen: Si alguien logra que otro por necesidad consienta en ser explotado, hace algo incorrecto, tan incorrecto que merece ser penado. La primera intuición es que lo que hace es incorrecto porque es perjudicial para el explotado. Sin embargo, un análisis sobre cómo es que se lo afecta muestra que *por medio de la explotación* ni se reduce su libertad, ni se lo perjudica material o moralmente. Las medidas contra la explotación resultan, de todos modos, convenientes para el explotado, pero esa conveniencia no puede justificar la intervención penal. Para hacer tal cosa hay que tener en claro qué es lo que se le hace de malo al explotado, lo que hasta ahora no es el caso.

Palabras clave: explotación de una necesidad, ofertas y coacciones, daño material, daño moral, conveniencia de la criminalización.

I. Introducción

La criminalización de una conducta requiere justificación. Una parte de esta justificación tiene que ver con la finalidad del castigo (para qué imponemos pena), la otra, con el merecimiento individual. Este segundo aspecto, a su vez, puede ser, a grandes rasgos, dividido en dos. Por un lado, a quién decidimos castigar, lo que suele circunscribirse a la idea de “evitabilidad individual” y, por el otro, qué decidimos castigar, esto es, qué clase de conductas pueden ser legítimamente criminalizadas¹.

Las conductas penalmente prohibidas demarcan de un modo enfático cuál es nuestro ámbito de libertad en un Estado de Derecho y, constituyen, cuando se castiga, el objeto del reproche que se le formula al autor. La sentencia final le recrimina haber hecho *eso*, cuando para él era posible una conducta alternativa lícita. Esto vale, cuanto menos, para un paradigma de la atribución de la responsabilidad penal, según el cual la posibilidad de reproche moral es una condición necesaria para castigar².

En este texto, indagaré sobre las razones para criminalizar cierta clase de explotación. Enseguida ofreceré una definición precisa de a lo que me refie-

* Recibido 26/04/2016 ~ Aprobado 27/06/2016.

** Una versión previa, más breve, de este trabajo fue publicada en GIMBERNAT ORDEIG, entre otros (eds.), *Homenaje a Schünemann*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 491-510. Aquí respondo algunas objeciones que no pude incluir allí.

*** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UNC; Profesor Titular de Cátedra de Derecho Penal por concurso, UNC; Investigador de CONICET con lugar de trabajo en el CIJS. E-mail: joseperalta@derecho.unc.edu.ar.

¹ SCHÜNEMANN, en ÉL MISMO, *Derecho penal contemporáneo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 65, 94 y ss.

² Para una postura estrictamente consecuencialista, puede ser admisible castigar a quien que no haya hecho nada incorrecto. Cfr. SMART en ÉL MISMO - WILLIAMS, *Utilitarianism, For and Against*, Cambridge, 1973, pp. 3, 54.

ro, pero ahora quiero brindar aunque sea una breve aproximación rudimentaria. Esto es necesario, porque la palabra explotación tiene varios significados y el propio legislador penal suele utilizarla en distintos sentidos.

Se podría hablar de explotación en un sentido amplio y en otro restringido. En un sentido amplio, explotamos a otro cuando, de cualquier manera, nos servimos de él en nuestro beneficio. Bajo esta idea, un autor E explota a una víctima V si logra que esta haga algo en su beneficio (de E) ya sea por la fuerza, bajo amenazas ilícitas, engañándola o aprovechándose de su vulnerabilidad. Todas estas conductas podrían ser consideradas explotadoras sin forzar el lenguaje³.

En un significado más reducido, que es el que interesa en este trabajo, E solo explota a otro en el último supuesto, i.e. cuando saca provecho de alguna característica de la víctima que la torna vulnerable⁴. Esa característica puede tener distintos contenidos: debilidad de carácter, irascibilidad, ligereza, etc.⁵ Aquí propongo tratar el supuesto donde ella consiste en “tener una necesidad” y utilizaré la palabra explotación para referirme exclusivamente a estos casos de aprovechamiento. Un ejemplo al respecto es el siguiente:

Ej. 1: V es un inmigrante que por su condición de ilegal no puede conseguir trabajo. Le cuesta mantenerse a sí mismo y a los suyos y está considerando volver a su país. E, quien conoce esta situación, le ofrece una remuneración de 400 Euros por mes a cambio de catorce horas de trabajo diario seis días a la semana. Para V, el panorama que le presenta E es desagradable, pero es mejor que el que le espera en sus país de origen. V acepta el trabajo.

En este supuesto, V no ha sido forzado a aceptar el trabajo, ni ha sido engañado acerca de sus condiciones. Hasta podría decirse que, dada la situación en la que se encontraba, E lo ha beneficiado. Ahora está mejor que antes. Y sin embargo lo que hace E nos parece mal. Muchas legislaciones se apropian de esta intuición y criminalizan la explotación previendo para su comisión consecuencias serias⁶. Esto se hace en nombre de V, que es la víctima y debe ser protegida, de este modo, del incorrecto accionar de terceros.

El objetivo de este texto es demostrar que en ordenamientos legales como el argentino, el español o el alemán, la explotación que aquí voy a discutir no puede ser entendida como algo que perjudica al explotado. En lo que sigue, antes que nada, analizaré las propiedades definitorias de las conductas explotadoras (*infra* II). Después, propondré discutir algunas de las afirmaciones hechas recién. Analizaré si realmente en estos casos no se fuerza a V a realizar la conducta exigida (*infra* III) y si es verdad que E no le ocasiona ninguna especie de perjuicio (*infra* IV). Luego de concluir que no ocurre ni lo uno ni lo otro, al final (punto V), explicaré por qué, de todos modos, resulta socialmente conveniente

³ En el mismo sentido, McLAUGHLIN, *Studia Philosophica Estonica*, t. 1.3, 2008, p. 11. Un ejemplo en el CP español cuando castiga en el art. 188 inc. 1 bajo el título de “explotación sexual” a quien: “determine, empleando violencia, intimidación o engaño... a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella”.

⁴ Así, el CP español art. 188 inc. 1, cuando castiga bajo con la denominación “explotación sexual” a quien “determine... abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella...”.

⁵ Al respecto, FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*, t. 4, Harmless Wrongdoing, Oxford University Press, Oxford (entre otras), 1988, pp. 176 y ss.; WOOD, *Social Philosophy and Policy* 12 (2), 1995, pp. 136, 142.

⁶ Esta conducta es delito según el art. 311 inc. 1 CP español, el art. 124 del anteproyecto oficial del CP argentino y el § 233 del StGB.

criminalizar al menos algunos casos de explotación. Sin embargo, mostraré allí, también, que esto, de por sí, no alcanza para legitimar su castigo. Al final (en la conclusión) esbozaré una posible alternativa justificatoria de la criminalidad de la explotación, pues nada de esto logra disipar la intuición de que la explotación tiene que ver con algo incorrecto que se le hace al explotado. Pero, lamentablemente, no puedo desarrollar esa alternativa en este trabajo.

II. Concepto de explotación

E explota a V —en el sentido aquí propuesto— *si obtiene de este una conducta beneficiosa para el propio E o algún tercero, que resulta muy costosa para V, gracias a la situación de vulnerabilidad en la que V se encuentra con respecto a E. V es vulnerable con respecto a E si: 1) depende fácticamente de este para cubrir una necesidad; 2) E no está jurídicamente obligado a cubrir esa necesidad y 3) E no es, a su vez, vulnerable con respecto a V.*

a) El que explota a otro busca obtener un beneficio. Por supuesto, un sinnúmero de interacciones humanas persiguen, en última instancia, ese objetivo. Prueba de esto es el intercambio cotidiano de bienes y servicios en la sociedad. Para que no toda actividad de este tipo pueda considerarse explotadora, el beneficio fruto de la explotación debe tener algo de especial, que permita trazar aquí una distinción⁷. Su particularidad radica en que la conducta de V se obtiene gracias a la situación de vulnerabilidad en la que V se encuentra, de modo tal que, suprimiendo aquélla, la conducta requerida no hubiera sido posible como fruto de una negociación⁸.

El beneficio puede ser absoluto, en el sentido de que, sin situación de vulnerabilidad, no hubiera existido intercambio alguno entre E y V; o puede ser relativo, porque, si no, de todos modos hubiera habido una interacción, pero el resultado habría sido menos beneficioso para E. Casos genéricos del primer tipo son la venta de órganos o el alquiler de vientres. Si V no fuera vulnerable, simplemente no habría existido negociación alguna entre E y V. Casos del segundo tipo son la explotación laboral o la usura. Aquí E podría haber obtenido la fuerza laboral de V o la devolución de un préstamo con intereses, sólo que no de un modo tan ventajoso.

A su vez, la conducta exigida a V debe ser muy costosa para ella. No hay explotación (al menos no una que sea penalmente relevante) si la conducta que se obtiene de V es de una relevancia menor.

b) Ahora hay que definir vulnerabilidad. Ésta, en primer lugar, requiere que V tenga una necesidad de cierto tipo. Este requisito debe permitir distinguir la explotación de otros contextos de aprovechamiento que no censuramos con la misma envergadura.

Ej.2: V está en el aeropuerto y debe esperar hasta el próximo vuelo. Decide tomar un café para pasar el tiempo. En el bar del aeropuerto el precio de ese

⁷ Para ciertas concepciones ideológicas, como el comunismo, todo tipo de negociación es explotación y, por ende, no puede distinguirse lo que aquí queremos distinguir. Cfr. KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2002, pp.177 y ss.

⁸ Qué significa exactamente "como fruto de una negociación" lo explicaré en el punto siguiente. Cfr. de todos modos, STEINER, *Ethics*, t. 94, nro. 2, 1994, 227.

producto supera en cinco veces el de la calle. V, con cierto disgusto, decide, no obstante, comprarlo.

Sin dudas, algo incorrecto ha ocurrido en el aeropuerto, pero no son estas situaciones las que nos interesan como penalistas. Esto se debe a que V aquí no procura cubrir una verdadera “necesidad”, sino satisfacer lo que podríamos denominar “una preferencia”. Algo sin lo cual su vida seguiría estando en orden.

La distinción entre necesidad y preferencia es de grado. Por ende, es imposible encontrar un punto exacto que las distinga. Es probable, además, que la zona de transición de una categoría hacia la otra sea amplia y que, muchas veces, sea difícil determinar dónde colocar cierto supuesto. Pero para lo que aquí importa no es preciso trabajar en la reducción de esa zona. Solo hace falta una conceptualización aproximada y encontrar ejemplos claros de uno u otro supuesto.

Para esa tarea, resulta útil una clasificación en cuatro niveles de “estándares de vida” hecha por *von Hirsh y Jareborg*⁹. El primero es el de “subsistencia”, que supone “supervivencia, pero con el mantenimiento solo de las capacidades humanas elementales”. Aquí se ubica la “preservación de las funciones psíquicas y cognitivas” y “una mínima capacidad para el funcionamiento social”. Luego hablan de un nivel de “mínimo bienestar”, que incluye, por ejemplo, la “protección ante las inclemencias del clima” y el acceso a “comida nutritiva”. En tercer lugar, mencionan un “bienestar adecuado”, que requiere “amenidad material para una vida confortable”. El cuarto nivel, que llaman “mejorado”, es superior a los anteriores e incluye, por ejemplo, el acceso a la propiedad de una casa de veraneo¹⁰. Seguramente, para hablar de explotación, el sujeto debe tener el tipo de necesidades mencionado en el primer y segundo nivel¹¹. El resto son más bien preferencias. Los ejemplos 1 y 2 ya ofrecidos muestran que es posible encontrar casos claros para una y otra categoría.

c) Tener una necesidad es un requisito forzoso, pero aún insuficiente para hablar de vulnerabilidad. Supóngase que en un exclusivo supermercado de la ciudad se venden víveres a precios exorbitantemente caros, pero que también existen otros comercios, igualmente accesibles, con los mismos productos a precios promedios. V, quien necesita adquirir víveres para alimentarse adecuadamente, decide adquirirlos en el supermercado exclusivo, a pesar de conocer la existencia de las otras opciones. En este caso V está cubriendo una necesidad y E obtiene un beneficio de ello. Sin embargo, no diríamos que E ha explotado a V. Distinta sería la situación, si el mismo E vendiera esa mercadería a esos costos en un lugar donde no haya alternativas.

Por ello, para hablar de explotación hace falta que exista “dependencia fáctica” de V con respecto a E. Esto ocurre, paradigmáticamente, cuando V no puede conseguir lo que necesita sino a través de E. Aunque también sucede si existen varios oferentes que obran de consuno, de tal modo que conforman una unidad que excluye alternativas. También allí V se encuentra sin opciones. Cuando E no es el único oferente, ni se ha puesto de acuerdo con otros, V no puede ser explotada, porque ella adquiere poder de negociación. Las leyes del mercado

⁹ VON HIRSCH - JAREBORG, en *Oxford Journal of Legal Studies*, t. 11, 1991, pp. 1, 14 y s.

¹⁰ VON HIRSCH - JAREBORG, *Oxford Journal of Legal Studies*, t. 11, 1991, pp. 17 y ss.

¹¹ En sentido similar EISELE en SCHÖNKE - SCHRÖDER- EISELE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27^a ed., 2006, § 232 nm. 10 y 11.

aseguran una competencia entre los oferentes que les impide obtener un beneficio de la necesidad de V. En estos casos, V simplemente no es vulnerable.

Los requisitos para hablar de vulnerabilidad hasta aquí mencionados pueden verse fácilmente en los supuestos de marginalidad social. Allí, E se presenta ante V, prácticamente, como el oferente exclusivo de lo que necesita. En esta situación, E logra de V una erogación tal que, si V no dependiera de él para cubrir su necesidad, no habría podido obtenerla.

Nótese que aun ante situaciones de necesidad y dependencia fáctica no habrá explotación si E exige por su prestación lo que hubiera obtenido si V no fuera vulnerable. De allí la necesidad del primer requisito, esto es, que E saque provecho *de la* situación de V.

d) Los presupuestos a), b) y c) hasta aquí mencionados aún no alcanzan para delimitar la idea de vulnerabilidad en el sentido que se quiere captar. Existe un cuarto requisito, menos evidente, pero también definitorio, que se debe tener en cuenta: para que haya explotación, E *no debe tener el deber* de cubrir las necesidades de V. De hecho, el explotador juega, aunque esto no sea explicitado usualmente, con que él *tiene derecho* a permanecer indiferente frente a las necesidades de su víctima. Si ese derecho no existiera, no estaríamos frente a una explotación, sino frente a otra cosa, de estructura similar, pero con una justificación distinta y clara: la coacción¹².

III. Explotación y autonomía de la víctima¹³

Una de las primeras intuiciones cuando hablamos de explotación es que V no es libre cuando accede a las peticiones de E. Hay dos maneras de entender esto. Una según la cual cuando E explota a V lo coacciona y, así, *a través* de la explotación reduce su libertad. La segunda, afirma que V es una persona sin libertad *antes* de interactuar con E y que la explotación es incorrecta justamente porque E saca provecho de ella. Demostraré que la primera idea es falsa y, precisamente con ello, también, que la explotación constituye un aliciente ante la originaria falta de libertad en V y no al revés.

a) Si uno se pregunta, cómo es que el explotador logra la conducta deseada por parte de su víctima, se podría responder que se debe a que la coacciona a través de una amenaza. Esta consiste en no realizar su aporte en la interacción, por ejemplo, en no darle dinero si no trabaja. O, lo que es lo mismo, en dejarla sucumbir ante sus necesidades. Se podría replicar que E hace justamente lo opuesto, que le *ofrece* algo a V. Por ejemplo, en E1, le ofrece trabajo. Las ofertas, a diferencia de las coacciones, en principio son algo positivo, que aumenta las opciones de sus destinatarios. ¿Cuál de estas dos descripciones es la más apropiada para dar cuenta de lo que ocurre en la explotación?

En cierto sentido, ninguna es mejor, pues (en cierto sentido) las dos son verdaderas. Esto se debe a que tanto las ofertas como las coacciones son bidireccionales. Ambas son el anuncio *condicionado* de algo. La oferta de vender

¹² Por coacción este texto hace referencia a lo que en Argentina se entiende por tal cosa: el "uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad." En España para esto se utiliza la terminología "amenaza condicional" y en Alemania "*Nötigung durch Drohung*".

¹³ Este punto está basado en el acápite III de mi artículo "Chantage als Ausbeutung", publicado en *ZStW*(124), 2013, pp. 881, 883 y ss.

manzanas es una oferta si es cierto que de no pagarse el valor requerido no se adquiere la manzana. Detrás de la expresión: “si usted paga x valor le doy una manzana” está implícita la otra que dice que “si usted *no* paga x valor *no* le doy la manzana”. De otro modo, esto no sería una oferta, sino una especie de regalo: “págame usted si quiere un valor x por la manzana, yo de cualquier modo se la voy a dar”. O una amenaza no condicional: “deme usted el valor x si quiere, yo de cualquier manera no le voy a dar la manzana”. Lo propio ocurre con las coacciones. El anuncio: “si usted no me da su dinero, lo mato” solo puede motivar la entrega de dinero si implica la oferta de seguir con vida en caso contrario.

Ofertas y coacciones no se diferencian por su estructura gramatical. No obstante, nuestro lenguaje moral distingue entre ellas. Intuitivamente, la diferencia pasa por si el anuncio mejora o empeora la situación de su destinatario. Una oferta la mejora, porque le otorga una posibilidad de elección que antes no tenía. Una coacción, por el contrario, la empeora, al tornar costosa una posibilidad de acción que antes era libre. Resulta necesario, entonces, poder comparar si el anuncio aumenta o disminuye las chances de V para saber qué tenemos en frente.

b) Esto puede realizarse al menos desde dos perspectivas, una empírica y otra normativa. Desde un punto de vista empírico, para la comparación, se formula una hipótesis con apoyo en una prognosis sobre lo que ocurriría si no se formulara el anuncio¹⁴. Se compara la situación de V tras el anuncio con su situación sin este. Si la parte positiva del anuncio se hubiera obtenido de todos modos (manzana), según esta perspectiva, este empeora la situación de V, pues *debido al él* (i.e. a la decisión de E) ahora debe pagar por algo que de otro modo hubiera obtenido gratis. Se destaca así la parte negativa de lo que E propone (“sin dinero, no hay manzana”). En cambio, si conforme a la prognosis realizada, V no hubiera contado con la parte positiva del anuncio, este se transforma en una oferta. Ahora tiene la chance de adquirir algo que antes no podía. Se destaca así la parte positiva de la propuesta (“si me das dinero, te puedes llevar la manzana”).

El caso de la manzana es visto como una oferta, porque se asume que si E no decide hacer el anuncio de venta, V no podría haber contado con ella. El caso del robo es visto como una coacción, porque se asume que sin el anuncio (i.e. sin la posibilidad de E de obtener dinero por medio de él) V hubiera podido confiar en seguir con vida.

Pero un criterio empírico es insatisfactorio al menos por dos razones. Por un lado, porque muchas veces es difícil determinar cuáles son las expectativas en cuestión¹⁵. Por el otro, porque lo que se puede esperar en este sentido es arbitrario desde el punto de vista axiológico. Por ejemplo, si en un partido de fútbol voy con la camiseta de mi equipo a la tribuna del adversario, es razonable esperar, al menos en algunos países, una agresión. Una teoría que base la distinción entre ofertas y coacciones, con toda su carga valorativa, en un criterio empírico debería decir que si alguien le dice a V en esas circunstancias: “si me das tu camiseta no

¹⁴ Así SCHROEDER, JZ, 1983, p. 286 y 287 (aunque hace una excepción para el anuncio de omisiones y las trata desde una perspectiva normativa, p. 287); MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 259 y s.; FLETCHER, 141 U. Pa. L. Rev (1993), S. 1623 f.; GREEN, *Lying, Cheating, and Stealing*, Oxford University Press, Oxford, 2006, S. 222 f.

¹⁵ Al respecto NOZICK, en *ÉL MISMO*, *Socratic Puzzles*, Harvard University Press, Cambridge (entre otras), 1997, pp. 15, 26 f.

te vamos a golpear” le está haciendo una oferta. Lo implausible de esta asunción, muestra lo insatisfactorio del criterio¹⁶.

c) La alternativa es utilizar un parámetro normativo. En éste, las expectativas para distinguir ofertas de coacciones se basan en lo que *V tiene derecho* a esperar de *E*¹⁷, lo cual es un correlato de lo que *E* tiene derecho a hacer. Esto, a su vez, es delimitado por el ordenamiento que rige las conductas de las personas en cuestión. Con otras palabras, lo que yo tengo derecho a esperar de los demás es que se comporten lícitamente. Ni menos, *ni más*. La pregunta que corresponde formular aquí, para distinguir ofertas de coacciones, es: aquello con lo que se me amenaza, ¿es lícito? Cuando la respuesta es positiva, *E* no comete coacción, por más desagradable que resulte el anuncio. Antes bien, ofrece, a cambio de una contraprestación, el derecho que tiene a realizar cierta conducta¹⁸. La amenaza de no entregar una manzana a cambio de cierto valor es una oferta en la medida en que el autor tenga derecho a no venderla. Por el contrario, cuando *A* tiene prohibido realizar la conducta amenazada él no tiene nada que ofrecer. Lo que *E* le ofrece a *V* en estos casos ya le pertenecía, desde esta perspectiva normativa, a *V*. En los ejemplos dados arriba, *E* tenía derecho a vivir y por eso nadie puede ofrecerle eso a cambio de algo. Quien lo hace, le impone un costo por algo por lo que *V* no tiene por qué pagar.

d) Repárese aquí, entonces, en dos cosas importantes. Una, que para la distinción entre coacción y oferta es indiferente si la conducta anunciada es una acción o una omisión. También coacciona el médico que le dice a su paciente que si no compra un bono contribución no recibirá el tratamiento debido. El médico no tiene derecho a omitir esa acción y, por ende, reduce la libertad de su paciente al imponerle un costo por algo que este tiene derecho a recibir. En términos gráficos, la acción de recibir el tratamiento le pertenece *al paciente*.

Igualmente, se pueden ofrecer omisiones. Uno está acostumbrado también a relacionar ofertas con acciones: entregar una manzana, dar dinero a cambio de trabajo, enseñar a cambio de un salario, etc. Pero nada impide que uno ofrezca una omisión, cuando actuar constituye un derecho. Esto sucede cuando se ofrece reserva, a cambio de una apropiada compensación, luego de una relación laboral en cierta empresa; o no construir en altura, para facilitar la vista al mar de otras construcciones.

En la explotación, la interacción entre *E* y *V* solo tiene sentido si se entiende que *E*, a la vez que ofrece trabajo, amenaza con la omisión de realizar una contraprestación. De otro modo, no habría motivos para que *V* trabaje en las condiciones que se le exigen. Pero la explotación no afecta la libertad de *V*, porque *E* tiene derecho a hacer lo que amenaza: dejar a *V* librada a su suerte.

Y aquí viene la segunda observación. Puesto que *E* no tiene obligación de interactuar con *V*, y podría seguir, como lo hacen tantos otros, indiferente a las

¹⁶ En el mismo sentido KOLLMANN, *Die Lehre der Erpressung nach deutschem Recht*, Guttentag, Berlin (entre otras) 1910, p. 84 y s.; ENGELHARD, *Das Chantage-Problem im geltenden und künftigen deutschen Strafrecht*, Schletter, Breslau, 1912, p. 34; JAKOBS, *Homenaje a Peters*, 1974, T.C.H. Mohr, Tübingen, p. 76; Nozick (n 15), p. 27; FLETCHER, 141 U. Pa. L. Rev. (1993), p. 1624.

¹⁷ JAKOBS, *Homenaje a Peters*, pp. 75 y ss.; HORN, NStZ 1983, p. 497 y ss. y LESCH, *Homenaje a Rudolphi, Rogall, entre otros (comp.)*, Luchterhand, Neuwied, pp. 483 y ss.; Nozick (n. 15), p. 27 y s.

¹⁸ JAKOBS, *Homenaje a Peters*, S. 82 f.; HORN, NStZ 1983, S. 498; WERTHEIMER, *Exploitation*, Princeton University Press, Princeton, 1996, S. 110 f.

penurias ajenas, cuando lo hace, lejos de reducir la libertad de V la aumenta. Le formula un ofrecimiento con el que V no tenía por qué contar.

Esto no niega, por cierto, que V no tiene, en verdad, muchas opciones. Si lo que se cierne sobre él es el hambre y la deportación, pues no le queda más alternativa que aceptar lo que se le propone. Se podría decir, además, que E se aprovecha de la falta de libertad *preexistente* de V. Este es el segundo sentido en el que, según mencioné al principio de este punto, se pueden vincular problemas de libertad con explotación. Pero para que esto no sea una repetición de la definición del concepto en cuestión, es necesario explicar por qué la situación de V *se ve afectada por la conducta de E*, es decir, explicar qué agrega de incorrecto la acción de E a la situación inicial de V.

Pues debe evitarse el error de hacer responsable a E del hecho de que V no tenga libertad *antes* de interactuar con él. De esto E es tan responsable como cualquiera de nosotros. Lo que se le reprocha no es la situación en la que estaba V, sino el acto de explotación. Lo primero solo sería posible si él fuera competente por la situación de V, lo que ocurre cuando tiene posición de garante o deber de socorro. Allí E debe procurar que V esté mejor. Cuando ese es el caso, y amenaza con no hacerlo, estamos ante una coacción, pues E amenaza con una omisión prohibida. Pero la explotación es explotación justamente porque E no es competente por lo que lo ocurría a V. En estas condiciones, la acción de explotar resulta *una alternativa más* para V que no puede concebirse como un atentado a la libertad.

IV. Explotación y perjuicio a la víctima

La explotación (penalmente relevante) exige algo verdaderamente costoso por parte de la víctima: trabajo en exceso, disposición de un órgano, alquiler de un vientre, etc. Podría pensarse que una prestación de estas características la perjudica y que, por ende, la explotación es dañina. Si bien no hay una afectación a la libertad de V, quizás sí haya un perjuicio para él. La prohibición de la explotación podría estar basada en razones paternalistas¹⁹.

a) Siguiendo a *Wertheimer*, voy a distinguir dos posibles perjuicios que puede aparejar la explotación: uno material y otro que podríamos llamar moral²⁰. El argumento del daño material se vincula a las consecuencias de la conducta de V para sus perspectivas de vida. La explotación laboral, por ejemplo, conlleva un enorme desgaste. Existe un deterioro físico, fruto de exceso de trabajo, y otro personal, debido a la falta de tiempo para compartir en familia o dedicarse al deporte o a la cultura. Parece que nada bueno resulta de esto.

Pero esas no son las únicas consecuencias de esa interacción. V también recibe un salario como contrapartida. Para analizar si la explotación es perjudicial debe evitarse el aislamiento de la prestación de V. Con una evaluación así cualquier intercambio es dañino para las partes intervinientes²¹. Lo que se debe

¹⁹ De hecho, la legislación positiva suele prescindir del consentimiento de la víctima. Cfr. art. 177 bis inc. del CP español; art. 111 inc. 1 del Anteproyecto oficial de reforma del CP argentino. EISELE en SCHÖNKE - SCHRÖDER - EISELE, § 232, nm. 12, habla de que en situaciones de necesidad las personas tienen disminuida "su capacidad de autodeterminación" (algo similar también en el nm. 11). Así uno puede pensar que si bien esta era una opción más, era una mala opción.

²⁰ WERTHEIMER (n. 18), pp. 99 y ss.

²¹ WERTHEIMER (n. 18), p. 99.

evaluar es cuál es el *saldo* de la interacción²², lo cual depende también del valor de lo que se recibe. Y aquí cabe la pregunta, ¿un salario tan bajo como el que ofrece E puede arrojar un resultado positivo para V considerando la forma en la que debe trabajar?

Esto no admite una respuesta general. El saldo es una función de la situación inicial de V y su valor es inversamente proporcional al valor de esta. Mientras peor sea la situación inicial, más posibilidades hay de que el saldo final sea positivo y mientras mejor sea aquélla, menos chances hay de que el intercambio resulte conveniente. Esto, por ende, es independiente del valor de cierta contraprestación conforme a otros parámetros²³. Solo depende de si se afecta prospectivamente la vida del explotado²⁴.

Volvamos a nuestro supuesto de E1. ¿Qué es más conveniente para V²⁵, dadas su circunstancias, exponerse a las penurias que implica la falta de trabajo (situación S1) o trabajar bajo las condiciones que impone E (situación S2)? Si se concluye que S2 es mejor para el explotado que S1, entonces el saldo de la interacción no puede ser considerado negativo²⁶. Esto es independiente de que pueda haber otras situaciones S3, S4 etc. que puedan ser aún mejores para V. Su futuro se ve mejor ahora que antes y con esto alcanza para negar el daño en el sentido ahora analizado²⁷.

Se podría replicar que el concepto de daño que utilizo aquí es meramente empírico y no normativo y que en ello radica el error de mi análisis. La situación S1 simplemente *no debe ser*. Partir de una base como esa, incorrecta desde un principio, es lo que hace que la explotación parezca beneficiosa para V. Distinta es la situación si uno parte de cómo, en realidad, debería estar V según parámetros valorativos.

Creo, efectivamente, que el concepto de daño debe ser normativo, pero también, que aquí existe cierta ambigüedad en cuanto a qué significa esto y que en ello radica en realidad este desacuerdo. Pues en un sentido, que S1 “no deba ser” debe implicar un mandato de acción —si no penal, al menos de algún otro rango jurídico— de revertir esa situación. Pero, seguro, este no es el caso *en cuanto a E*, como ya lo he mostrado. Otra posible comprensión es que S1 “no debe ser” porque deben existir instituciones sociales encargadas de velar porque esas situaciones no se configuren. Esto es posible, pero allí el “no debe ser” se le dirige

²² WERTHEIMER (n. 18), p. 100.

²³ La mera injusticia de la distribución entre E y V no puede explicar la explotación, de todas maneras. Si no, al médico que le salva la vida a la paciente sería explotado, porque ella obtiene mucho más que él de la interacción. Cfr. WERTHEIMER (n.18), p. 107. Cfr. para determinar el “precio justo”, BERN-SMANN, GA, 1981, pp. 148 y ss.; MAYER, *Journal of Applied Philosophy*, t. 24, n. 2, 2007, pp. 137, p. 145.

²⁴ En contra, MAYER, *Journal of Applied Philosophy*, t. 24, n. 2, 2007, pp. 143 y ss.

²⁵ Quiero destacar que cuando pregunto qué es conveniente “para V” no quiero decir “según el criterio de V”. Se trata de una valoración según el criterio de un sujeto racional interesado en su propio beneficio.

²⁶ Algunos filósofos destacan incluso que, normalmente, V se beneficia aún más que E de la interacción, cfr. WOOD, *Social Philosophy and Policy* 12 (2), 1995, p. 148. El error de la presentación de los daños del trabajo en condiciones de explotación (perjuicios físicos y personales) es que implícitamente tiene en mente lo que debería ocurrir si E se atuviera a las normas que regulan la relaciones laborales. Seguro que esa regulación mejoraría la situación de V (y emporaría la de E), pero el punto no es lo que le haría de bueno E a V si se atuviera a esas normas, sino qué le hace de malo al explotarlo.

²⁷ LENCKNER - PERRON - EISELE, en SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER - PERRON - EISELE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 181 a, nm. 4 exigen para la explotación un “sensible empeoramiento de la situación económica”. Si este es un requisito, los casos expuestos serían impunes. Igual, algunos pasajes del comentario de estos autores parecen caer en el error mencionado en la nota anterior.

a la institución y no a cada individuo. Y dentro de los individuos (y no de la institución) se encuentra E.

Con otras palabras, que cierto estado de cosas “no deba ser” es relativo a ciertas personas o instituciones. Esto no es nada nuevo para los penalistas. Si hay algo que está claro es que jurídicamente no todo es asunto de todos, sino que hay instituciones encargadas de velar por ciertas cosas y que la mera posibilidad de que un individuo cualquiera pueda incidir positivamente sobre ellas no lo transforma en responsable de hacerlo.

Entonces, el planteo debe ser modificado. Ya no es si S1 debe ser o no *en general*, sino si debe ser o no *con respecto a* ciertas instituciones o personas. Por la misma razón por la que no podemos decir que E coacciona a V tampoco podemos decir que la situación de S1 no debe ser con respecto a E. Pues esto sólo tiene sentido, si se pudiera afirmar que tiene un deber de mejorarla (cualquier otro sentido de deber aquí es irrelevante), lo que, al menos jurídicamente, no es el caso²⁸.

La comparación entre S1 y S2 fue posible en mi caso de explotación laboral y es posible también en supuestos de usura²⁹. Pero es más complicado cuando se hace referencia al comercio de órganos o a supuestos de alquiler de vientres, dado que es difícil determinar aquí cuánto vale lo que se entrega y, por ende, si la contraprestación que se recibe arroja un saldo positivo. ¿Cuánto vale un órgano?, ¿qué precio ponerle a la utilización del cuerpo para que se desarrolle dentro un niño?³⁰

Se podría replicar que la dificultad de la comparación mencionada es contingente incluso en estos supuestos. Para el que vive en la miseria y no tiene ninguna expectativa razonable de salir de ella por su propia cuenta, cambiar uno de sus riñones por doscientos mil dólares parece conveniente. Con las posibilidades que el dinero otorga, se aseguraría una buena vida en el futuro. Con ella, protegería el resto de su cuerpo y su persona de un modo que la posesión del riñón entregado no suple. Y si ese monto no fuera suficiente, habrá alguno superior con el que ello se alcance. ¿Quizás quinientos mil dólares o un millón? Solo será cuestión de agregar más dinero. Sin embargo, la solución que se ofrece para la explotación en estos casos no es compensar mejor, sino no compensar en absoluto. Solo es correcto entregar un órgano o permitir el uso de un vientre si se hace *gratis*³¹. Pero ¿por qué?

b) Indagar acerca de la incorrección de estos supuestos de explotación, donde el valor de lo entregado por V parece inconmensurable, puede ser un buen camino para advertir por qué están mal los anteriores. En estos casos, la censura parece tener que ver con que hay ciertas cosas que no se pueden hacer por dinero. Comerciar con los órganos de la víctima no afecta a su prospectiva de

²⁸ Y si fuera el caso, pues entonces todos seríamos responsables y no sólo E.

²⁹ BERNSMANN, GA 1981, p. 144 f.; ARZT en Küper (comp.), *Homenaje a Lackner*, de Gruyter, Berlin, entre otras, 1987, p. 652 y s.; SCHEFFLER, GA 1992, pp. 5, 7 y s.; KINDHÄUSER, NSTZ 1994, p. 105; LAUFEN, *Der Wucher (§ 392 Abs. 1 Satz 1 StGB)*, Peter Lang, Frankfurt-Main, entre otras, 2004, p. 2.

³⁰ Cfr. BERNSMANN, GA, 1981, pp. 155 y ss. De todos modos, los tribunales civiles suelen otorgarle un valor en dinero a algunos de estos elementos para establecer indemnizaciones en caso de lesiones. Dudo, empero, que con ello se haga referencia a su verdadero valor. La indemnización cumple, más bien, la función de un mero aliciente “posible” frente a la inconmensurabilidad de ciertas cosas.

³¹ WERTHEIMER (n. 18), p. 101; McLAUGHLIN, *Studia Philosophica Estonica*, t. 1.3, 2008, p. 11.

vida, pero sí le produce un daño más etéreo, de carácter moral, al atentar contra su dignidad³².

La palabra “dignidad” tiene un fuerte contenido emocional. Quien la afecta tiene que estar haciendo algo profundamente inmoral. Pero apelar a ella no ilumina demasiado si no especificamos, primero, su contenido descriptivo³³. De lo contrario, su uso parece que sirve para presentar una intuición como si fuera una conclusión, sin ofrecer, en realidad, un argumento. Para no seguir un camino similar, voy a distinguir tres sentidos en los que se habla de afectación a la dignidad.

En el primer sentido, esa expresión es utilizada como una suerte de su-praconcepto definible en términos más básicos. Si uno piensa en otro tipo de conductas que afectan la dignidad, rápidamente viene a la mente la tortura. Es sencillo saber aquí porqué se lesiona la dignidad: el sufrimiento y humillación extrema que aquella implica, supone no tratar a las personas como tales. Aquí, la afectación a la dignidad consistiría en un caso de daño extremo cuya explicación no requiere un análisis particular. Pero en la explotación tiene que estar pensándose en otra cosa, si es que lo dicho recién en a) es cierto.

También podría vincularse a la prohibición kantiana de tratar a los demás como un mero medio para la satisfacción de nuestros fines, lo que ocurre cuando no prestamos atención su voluntad al interactuar con ellos. Esta es, sin dudas, una forma de despersonalizar a otros y, por ende, de afectar su dignidad. Pero, como vimos *supra* en III, esto decididamente *no* ocurre en la explotación. Por el contrario, hasta podría afirmarse que la despersonalización viene por parte del Estado cuando la prohíbe y expresamente excluye la relevancia del consentimiento de la víctima. Si el punto fuera la desatención de la voluntad de la víctima, el que queda peor parado es el Estado³⁴.

Una tercera posibilidad, más prometedora, es entender que la dignidad de una persona resulta menoscabada al cosificarse su cuerpo³⁵. Como Gardner, entiendo que el cuerpo de un ser humano es parte del concepto de persona y no algo externo que esta simplemente posee³⁶. En la explotación se reduce a la víctima a una cosa al tomarse en consideración el mero “valor de uso”³⁷ de su cuerpo. Esto es claro en la venta de órganos y en el alquiler de vientres. Especialmente desde corrientes feministas, se predica lo propio de la prostitución³⁸ y también podría decirse algo similar de la explotación laboral, donde se trata al trabajador como un mero coste de producción.

³² En este sentido en Anteproyecto oficial de reforma del CP ar.; FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.) - PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 243, 250 ss.

³³ Sobre la distinción entre “usos del lenguaje” y “contenido semántico” cfr. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, pp. 18 y ss.

³⁴ GARDNER en ÉL MISMO, *Ofensas y defensas*, Marcial Pons, Madrid, entre otras, 2012, pp. 40 y ss.

³⁵ NUSSBAUM, *Philosophy and Public Affairs*, t. 24, 1995, 249, 257, distingue entre siete maneras de cosificar a alguien. Muchas de ellas tienen que ver con la negación de la autonomía, pero otras son compatibles con ella (ver especialmente 261 y ss.); en el mismo sentido GARDNER (n.34) pp. 41 y s.; MAYER *Journal of Applied Philosophy*, t. 24, n. 2, 2007, p. 146.

³⁶ “[E]n la distinción entre el yo y el mundo, el cuerpo está del lado del ‘yo’”, GARDNER (n. 34), pp. 34 y s.

³⁷ GARDNER (n. 34), pp. 36 y ss.

³⁸ GARDNER (n. 34), pp. 41 y s.

Debo confesar, sin embargo, que no me queda claro en qué sentido se cosifica más a alguien en estos casos que en otros que nos parecen moralmente inocuos o al menos no tan graves:

E3: dos vecinos deciden tener relaciones sexuales, uno valiéndose de los deseos insatisfechos del otro y el otro valiéndose de la necesidad del primero de tener un hijo. Ninguno procura la relación para satisfacer a la persona con la que yacen. Solo piensan que el cuerpo del otro puede ser útil para su propio beneficio³⁹.

De hecho, quien espera la donación de un órgano no necesita concebir a su donante como algo más que un proveedor de algo útil⁴⁰. La única diferencia es que en estos casos no hay dinero de por medio.

Parece que el punto pasa por una clase de cosificación: la mercantilización, que es solo uno de los posibles sentidos en que se trata a alguien como un objeto.⁴¹ Y esto es indicativo de algo: que la cosificación es más bien un epifenómeno de la explotación, algo que esta genera, pero que no la explica⁴². La cosificación por dinero muestra que el sujeto está en una situación trágica y no tiene mejor opción que venderse a sí mismo. Señala, además, que hay una asimetría entre quien vende y quien compra. *Nussbaum* afirma, de hecho, que la cosificación simétrica, como la de mi ejemplo E3, es la menos problemática⁴³. Con ello creo que al final la cosificación no puede dar cuenta del problema y solo queda la asimetría y, así, la pregunta inicial sin resolver. Esto puede verse también en el hecho de que la usura es entendida como una forma de explotación⁴⁴ y allí la idea de cosificación no tiene sentido.

Pero aunque sea por mor del argumento, concedamos esta idea de afectación a la dignidad. Aquí se presentan dos problemas. Primero, un apartamiento del principio del daño en su sentido tradicional según el cual hay daño en la medida en que se afecte prospectivamente la vida de los demás⁴⁵, y, con ello, una relajación de uno de los límites al poder penal que suponemos más importantes. Cuando el fundamento de la dignidad no tiene que ver ni con graves daños materiales ni con afectaciones a la autonomía adquiere un sabor a moralismo⁴⁶.

Segundo, que tampoco queda claro si la dignidad, así y todo como está presentada en esta fundamentación, resulta protegida por la prohibición de la explotación. ¿Quién trata a V peor en este sentido, el explotador que, mal que nos pese, hace algo por él, o el tercero que permanece indiferente ante su desgracia y gasta cuantiosas sumas de dinero en excéntricos cuidados para su mascota? En

³⁹ Ejemplo propuesto por WERTHEIMER, *Consens tu sexual relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 135 y ss. para mostrar que en estos casos no nos parece que la relación sexual sea realmente objetable.

⁴⁰ De hecho, esto puede ocurrir en casi cualquier intercambio de servicios. Así, MCLAUGHLIN, *Studia Philosophica Estonica*, t. 1.3, 2008, p. 13.

⁴¹ NUSSBAUM, *Philosophy and Public Affairs*, t. 24, 1995, 257.

⁴² En este sentido, WOOD, *Social Philosophy and Policy*, 12 (2), 1995, p. 156.

⁴³ NUSSBAUM, *Philosophy and Public Affairs*, t. 24, 1995, diría que no hay problemas con la cosificación en estos casos, porque es "simétrica y mutua", pp. 271 y ss, 275 y ss.

⁴⁴ Cfr. PERALTA, *ZStW* (124), 2013, pp. 892 y ss.

⁴⁵ GARDNER (n. 34), p. 51 y ss. y 261 y ss.

⁴⁶ Cfr. FEINBERG (n. 5), pp. 211 y ss. Después de todo, el problema puede ser como vemos la venta de órganos y no lo que es la venta de órganos en sí. Así como la homosexualidad no era un problema en sí, si no que era el Estado el que debía modificar su forma de valorarla. Cfr. WERTHEIMER (n. 18), p. 104.

el mejor de los casos, la respuesta es poco clara⁴⁷ como para seguir sosteniendo que este es el fundamento de la prohibición penal.

V. Explotación y medidas estatales socialmente convenientes

Hasta acá hemos visto que la explotación ni le quita libertad a V ni la daña. Por el contrario, su prohibición parece hacerlo, pues le cercena a V una posibilidad de paliar su situación de necesidad y la obliga, así, a padecerla. Pese a todo, algunas de las soluciones que suelen brindarse frente a la explotación siguen pareciendo plenamente sensatas. Tengo en mente especialmente aquellas que no pretenden prohibir cualquier clase de intercambio entre E y V, sino que procuran regularlo estableciendo un parámetro de distribución de beneficios. Partamos, una vez más, del ejemplo de la explotación laboral: ¿cómo es que el salario mínimo, la jornada limitada y las condiciones salubres de trabajo parecen tan sensatas?

La respuesta es que los trabajadores, en general, tienen un salario mejor y una vida más digna gracias a la prohibición de la explotación. En los hechos, uno se siente aliviado de saber que ciertas normas limitan la libertad de los contratantes. Esto parece encerrar una paradoja si nos atenemos a todo lo que se dijo antes: ¿cómo es que algo puede mejorar y, a la vez, empeorar la situación de alguien y hacerlo, aparentemente, en el mismo sentido?

Para echar luz sobre esto se debe pasar del plano normativo (qué puedo exigirle a E que haga) al fáctico (qué puedo esperar que haga E). Si bien es verdad que E tiene derecho a no interactuar con V cuando se acerca para explotarlo, lo cierto es que, muchas veces, él, de todas maneras, *está interesado en hacerlo*. “De todas maneras” significa aquí, aunque no pueda explotarlo.

Es posible que algún fabricante de calzados esté feliz de tener empleados por salarios muy por debajo de lo permitido. Por ello “amenaza” a los inmigrantes ilegales frente a los que se cierne una vida paupérrima y el riesgo de deportación, con no hacer nada para que salgan de su situación (que llamé S1) si es que no trabajan bajo las condiciones que él establece (situación S2). Pero si el potencial empleado puede contar con que, debido a los intereses de E, este se verá forzado (¡por sus circunstancias!), de todos modos, a contratarlo en condiciones más favorables (condiciones S3), entonces la restricción estatal de la explotación lo beneficia. Lo mismo sucede con la usura. Quien se dedica a prestar dinero a cambio de intereses, quizás pueda estar feliz de cobrar intereses excesivos (S2). Pero si no puede hacerlo, debido a una prohibición estatal, en la medida que intereses más bajos aún le sean rentables, interactuará con V, de todos modos, en las condiciones de S3⁴⁸.

Ahora bien, este interés por parte de E existe siempre. Incluso cuando la explotación está *permitida*, E, que se dedica a fabricar calzados o a prestar dinero, necesita interactuar con V si quiere llevar adelante su actividad. ¿Por qué V no puede contraamenazar (negociar) a E con omitir su aporte, como sucede en

⁴⁷ WERTHEIMER (n. 18), p. 106, afirma algo parecido al decir que no está claro que el beneficio material no compense el costo moral. POSNER, *The Journal of Legal Studies*, t. 8, n. 1 (1979), pp. 103, 139, sostiene que la permisión de la venta de órganos es “*wealth maximizing*”, porque beneficia tanto al comprador como al vendedor.

⁴⁸ ARZT en KÜPER (comp.), *Homenaje a Lackner*, 1987, p. 653.

muchas negociaciones comerciales, para así lograr mejores condiciones laborales? Esto se debe a la diferencia de fuerzas entre ambos sujetos. Mientras V no cuenta con otras opciones que contratar con E o con un grupo homogéneo de Es, E cuenta con opciones adicionales, con otros Vs también con necesidad de contratar.

Mientras E puede jugar al mejor postor entre los trabajadores disponibles, esto a V le resulta imposible. Las contraamenazas de V son, por ende, o bien inverosímiles, porque V no tiene otras opciones, o bien inocuas, porque si cumple con ellas a E no le ocasiona prácticamente ningún costo en un mercado con suficiente mano de obra desempleada. Aquí es donde se puede percibir la última condición de la explotación: que E no sea vulnerable respecto de V⁴⁹. Si lo fuera, la situación de igualdad de poder le haría imposible obtener un beneficio de este último.

Uno podría decir que aunque la explotación esté *prohibida*, E podría amenazar a V con no contratar con él si este no accede a hacerlo en condiciones S2. Pero si existe cierto grado de eficacia en la norma penal, las probabilidades de que las amenazas de E sean intimidantes se reducen notablemente, pues debe incluir dentro de su balance de razones la probabilidad de una pena. Y si a esto le sumamos la irrelevancia del consentimiento de la víctima, las cosas se ponen peor para E. Dicha prescripción pone todo el costo en quien obtiene las ventajas del incumplimiento de la ley. El trabajador, en cualquier momento, incluso luego de cesada la relación laboral, puede reivindicar sus derechos. ¿Para qué dejaría E de contratar con V en condiciones S3 si las posibilidades de contratar con otro trabajador en condiciones S2 sin consecuencias negativas son bajas? La probabilidad indica que solo podrá contratar a otro V que, tarde o temprano, hará valer sus prerrogativas.

La prohibición de la explotación vuelve a equilibrar las fuerzas de las partes al lograr, como afirma *Kindhäuser*, que la vulnerabilidad no sea un factor para el cálculo del intercambio comercial⁵⁰. Bajo un equilibrio de fuerzas a esto lo logran las leyes del mercado. Cuando ese equilibrio no existe en los hechos, es establecido por las normas jurídicas.

Para que la norma jurídica en cuestión sea *penal* debe probarse que intervenciones menos rigurosas son insuficientes. Si asumimos, por hipótesis, que sin una intervención de este tipo la prohibición de la explotación no resultaría eficaz, habremos mostrado que criminalizar la explotación es *conveniente*. La reducción de la felicidad de E resulta ampliamente compensada por el aumento de la de V, quien pasa de tener una vida indigna a una al menos aceptable⁵¹.

Pero desde una perspectiva que se preocupa no solo por las buenas o malas consecuencias de la criminalización de una conducta, sino también por poder legitimar la pena frente a quien la padece, las cosas se ven diferentes. En un derecho penal liberal, en principio y en lo que a los delitos contra los indivi-

⁴⁹ WOOD, *Social Philosophy and Policy* 12 (2), 1995, pp. 144 y ss.; MCLAUGHLIN, *Studia Philosophica Estonica*, t. 1.3, 2008, pp. 5, 10.

⁵⁰ KINDHÄUSER, *NSfZ*, 1994, pp. 106 y s.; así también WOOD, *Social Philosophy and Policy* 12 (2), 1995, p. 156.

⁵¹ Esto es, por cierto, contingente. Hay personas que si no pueden ser explotadas quedarán peor, porque no serán contratadas. Probablemente esto le ocurriría al inmigrante ilegal de mi primer ejemplo. Pero para mostrar la conveniencia de una norma no es necesario detenerse en casos individuales. Si en general funciona bien, es suficiente.

duos se refiere, solo es posible castigar a quien haya hecho algo en algún sentido perjudicial para su “víctima”. En el caso de la explotación, se piensa en proteger al explotado, que es quien padece la acción de E⁵². Sea cual sea la extensión que le otorguemos al principio del daño, parece que este deber servir para excluir el castigo de acciones consentidas por y beneficiosas para sus “víctimas”⁵³. Que el castigo resulte socialmente conveniente no modifica esto en absoluto. De hecho, la lógica del principio del daño —al menos si se considera que es una propiedad que debe predicarse de la conducta criminalizada⁵⁴— está pensada justamente para que este sirva de contención frente a argumentos de utilidad colectiva. No se puede criminalizar una conducta salvo que sea dañina en sí misma.

Por último, sólo unas pocas palabras sobre aquellas medidas contra la explotación que restringen cualquier clase de intercambio entre los protagonistas, como ocurre con la venta de órganos o el alquiler de vientres. A diferencia del supuesto anterior, si suponemos que la medida es efectiva, ¿existe aquí alguna expectativa fáctica según la cual V estará mejor gracias a la prohibición penal?⁵⁵ Quizás aquí puedan pensarse otro tipo de “buenas consecuencias”. Si la venta de órganos estuviera permitida existiría el riesgo de que bajo el argumento del consentimiento en realidad se fuerce a alguien a disponer de su cuerpo. El peligro de lesiones forzadas eventuales justificaría la prohibición de la conducta bajo la idea de un peligro abstracto (por cierto, con sus implicancias en el monto de la pena).

O a lo mejor se esté pensado en modificar la forma en que nos vemos unos a otros. Prohibir la venta de órganos puede favorecer otro tipo de mirada social frente a los sectores sociales más vulnerables favoreciendo así otro tipo de estrategias de interacción a largo plazo. Se buscaría, de este modo, a través de la pena, influir sobre la moral de las personas para lograr a futuro una sociedad mejor.

Es dudoso que este último objetivo se esté logrando, si uno mira las sociedades actuales más desiguales. En todo caso, ninguna de estas justificaciones parecen dar con la intuición central de que explotar es algo intrínsecamente incorrecto y que, por ende, está mal aunque sea el único caso concreto del mundo.

VI. Conclusión

Seguro que E no es una persona bondadosa. Actúa en su propio interés, se desentiende de las carencias ajenas y saca réditos de ello. Pero para eludir el

⁵² En contra KINDHÄUSER, *NSZ*, 1994, p. 103, justamente por los argumentos que doy aquí.

⁵³ Salvo que se afirmara que “entre los dos” E y V están perjudicando a algún bien jurídico. En este caso V ya no sería víctima, sino victimario. Pero además sería difícil ver cuál es ese otro bien al que perjudican. Si se dijera que se quiere proteger el “funcionamiento del sistema nacional de trasplantes” (así FELIP I SABORIT [n. 32], pp. 250 y s.) o “las leyes laborales”, esto constituiría una petición de principio. Pues son justamente estas normas las que aquí están en cuestión en la medida que tengan un respaldo penal. O bien hay un perjuicio que queremos evitar que se multiplique —que puede, incluso, ser muy pequeño y adquirir relevancia por su multiplicación— o no lo hay y su multiplicación no cambia las cosas. Si la explotación es consentida y beneficiosa el efecto de su prohibición será evitar más acciones consentidas y beneficiosas.

⁵⁴ VON HIRSCH, en HEFENDEHL, entre otros (comp.), *Die Rechtsguttheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 13, 14 y s., 21 y ss.

⁵⁵ WOOD, *Social Philosophy and Policy* 12 (2), 1995, p. 156 menciona justamente que a veces puede ser mejor permitir que prohibir la explotación, aun cuando tengamos claro por qué razón es incorrecta. Ciertas políticas llevadas a cabo en Argentina para prohibir la prostitución han generado enérgicas reacciones en contra por aquellas personas a quienes supuestamente se quiere beneficiar. Cfr. <http://www.lmcordoba.com.ar/nota.php?ni=92838>.

castigo penal, normalmente, no se necesita decir que hemos sido buena gente, alcanza con que no hayamos hecho daño⁵⁶.

No se me pasa por alto que el derecho penal prohíbe más que meras acciones que pueden producir un daño. Éste, excepcionalmente, también restringe la libertad de las personas imponiendo obligaciones positivas. El delito de omisión de auxilio es un caso paradigmático al respecto. Hasta aquí creo haber demostrado que en la explotación no hay daño, ni siquiera uno en el sentido más laxo de la palabra. Pero quizás con eso no esté en cuestión la legitimidad de esta regulación si puede ser concebida como la violación de un deber de este otro tipo. La restricción de la libertad de E, al menos en algunos casos de explotación, sirve para beneficiar a V y quizás su justificación se vincule, justamente, con alguna especie de obligación de ayuda⁵⁷. Esta es una hipótesis digna de explorar si es que los argumentos ofrecidos arriba no han modificado nuestra intuición de que la explotación, con eso y todo, sigue estando mal, tan mal que debe ser un delito grave.

El problema de esta hipotética justificación es que tiene que dar cuenta de por qué es *completamente lícita* una forma de trato menos beneficioso para V que la explotación misma: la indiferencia. Si es que queremos castigar a E, dicho de algún modo, por ayudar demasiado poco, pues aún más deberíamos castigar al indiferente que no ayuda *nada*. Si un potencial explotado debe elegir entre el explotador y el indiferente, elige el primero, por las razones ya expuestas. Es más, la indiferencia es una de las razones por las que existe vulnerabilidad. Si todos ayudáramos a quienes están necesitados, pues, probablemente, no habría personas con necesidades insatisfechas y la explotación simplemente sería imposible (y, por cierto, conceptualmente, ya no sería explotación si no coacción).

Esta expansión de obligaciones penales prácticamente a todo aquel que tenga una situación económica cómoda es seguramente irrealizable. Pero sólo pensar a E porque esto es más sencillo parece al menos injusto. Él podría alegar que se lo utiliza como el “chivo expiatorio” de un mal social que lo excede considerablemente. Por otra parte, podríamos poner en manos del Estado esa tarea, antes que imponérsela a los individuos de manera aislada. Y aquí también, si el Estado cumpliera un rol de asistencia social eficiente no habría vulnerables. De esto se sigue, aparentemente, que, o bien sancionamos a cualquiera que se desentienda de la situación desventajosa de V o bien no castigamos a nadie que lo haga⁵⁸.

Esto salvo, claro, que haya una tercera posibilidad que justifique, valorativamente, la diferencia de trato entre ambos casos. Creo que esa posibilidad existe. Para dar cuenta de ella, hay que cambiar el foco de análisis y centrarse en por qué es lícito y moralmente aceptable (o al menos poco grave) permanecer

⁵⁶ FEINBERG (n. 5), p. 179.

⁵⁷ En este sentido, WOOD, *Social Philosophy and Policy* 12 (2), 1995, pp. 250 y ss.; MAYER, *Journal of Applied Philosophy*, t. 24, n. 2, 2007, pp. 142 y 146. Concebir a la explotación como la violación de un deber *positivo* tiene, evidentemente, sus consecuencias, pues estos tienen una lógica distinta de los deberes negativos.

⁵⁸ La idea de que la diferencia entre el explotador y el indiferente es que el primero saca réditos de ello tampoco funciona. Pues el indiferente también lo hace. Gracias a este permiso, puede dedicarse a cualquier otra cosa en lugar de a ayudar. Además, el beneficio en sí no tiene nada de malo, lo malo es, en todo caso, no ayudar, me beneficie yo con ello o no. Cfr. en el mismo sentido KINDHÄUSER, *NSfZ*, 1994, p. 106.

indiferentes frente a las penurias ajenas cuando eso tiene un costo tan alto para la vida de los demás.

La permisión de esa omisión quizás encuentre su explicación y justificación en las premisas de las que parte un Estado liberal, por el valor que este le otorga a la posesión de una esfera de libertad para el desarrollo del plan de vida individual⁵⁹. En la medida en que esa justificación no funcione para los casos de explotación quizás podamos dar una buena razón para su ilicitud. Aquí, lamentablemente, no tengo espacio para esto. Mi trabajo se ha limitado a mostrar que, contrariamente a lo que pueda parecer en una primera impresión, la explotación no implica una injerencia perjudicial para aquel a quien queremos proteger de ella y que, por ende, no viola un deber negativo⁶⁰. Su incorrección, entonces, debe buscarse en otro lado⁶¹.



⁵⁹ KYMLICKA (n. 7), pp. 56, 138 y s.

⁶⁰ Que no haya una injerencia negativa se basa, otra vez, en que E no afecta a V negativamente ni tiene competencia por su situación, ni por injerencia —porque no ha generado S1—, ni por algún relación jurídica preestablecida —no forma parte de ninguna institución que lo obligue a velar por V— o asumida. E no asume la competencia en la medida en que solo se compromete con aquello que ofrece, ni menos, ni más. Lo que se le reprocha a V, en rigor, es no haber realizado una oferta mejor.

⁶¹ Se me ha objetado que yo concluyo que la explotación no es inmoral del hecho de que la explotación no es dañina, y que una cosa no puede seguirse de la otra porque daño e inmoralidad son cosas independientes (cfr. PÉREZ BARBERÁ, *Recensión al Homenaje a Schünemann*, Goldamer's Archiv —en edición—). Esta es una crítica aguda, pero se debe a un malentendido, seguramente, fruto de mi imprecisión. Trato de aclararlo aquí. Cuando hablo de incorrección moral, me refiero a aquella clase de incorrección moral que es relevante para poder criminalizar una conducta, pues solo ese reproche moral torna legítimo el castigo. El que haga referencia a otra clase de inmoralidad legitimará otra clase de reproche, pero no el penal. En el texto solo hablo de las razones morales para criminalizar y no de las razones morales sin más. Explicar la inmoralidad de la explotación sin más también es un desafío para la filosofía moral no penal y creo que muchos de los argumentos aquí expuestos se aplican a ella —pues no he reducido mi análisis solo a la idea de daño en sentido clásico—. Pero no fue éste el objetivo de mi trabajo. Por otra parte, no es cierto que daño e incorrección sean independientes, pues que se tome al daño como criterio necesario de criminalización no puede deberse a ninguna otra cosa que no sea a una razón moral: que dañar a otro está, al menos *prima facie*, mal.

LOS DOS NIVELES DEL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL *

Anna Richter**

Resumen: Cuando se analiza una figura jurídica, la cuestión de la inconstitucionalidad se puede plantear en dos niveles. Por un lado, la figura en sí puede ser inconstitucional o su inclusión en el sistema jurídico puede ser exigida por la Constitución. Por otro lado, las configuraciones y limitaciones de una figura jurídica pueden ser conformes a la constitución o no. Sin embargo, estos dos niveles no siempre son debidamente diferenciados y analizados, tal como ocurre con una resolución del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, que en el presente trabajo servirá de punto de referencia.

Palabras clave: constitucionalidad, inconstitucionalidad, libertad condicional

I. Introducción

Es suficientemente conocido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe satisfacer al menos dos requisitos. En primer lugar, debe ser una "*ultima ratio*" en el sentido de que debe ser la consecuencia última e inevitable frente a la violación de un precepto constitucional, en caso que no haya medios institucionales menos gravosos que permitan superar el supuesto defecto constitucional de la norma o decisión atacada. En segundo lugar, y en parte como consecuencia de lo anterior, es suficientemente claro que los jueces no deben inmiscuirse en las cuestiones sujetas a la discrecionalidad del legislador y que la constitución ha dejado deliberadamente abiertas para que el poder legislativo decida. En el presente trabajo pretendo ocuparme de estos dos aspectos, con especial énfasis en una resolución del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Intentaré mostrar que el tribunal no realiza una distinción que debería realizar. En el siguiente apartado comento de manera breve el caso sometido a discusión y su recorrido procesal. En la sección III me ocupo de manera detallada de la argumentación del Tribunal Superior de Justicia. En el apartado IV realizo un análisis crítico de la argumentación esgrimida por el Tribunal Superior de Justicia. Considero que este tipo de argumentaciones no distingue adecuadamente entre dos niveles de análisis de constitucionalidad. Llamaré al primero "de contenido" y al segundo "de configuración". En el punto V se encuentran las conclusiones.

II. Resumen del caso

El 29 de septiembre del 2015 la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba tuvo que decidir sobre un recurso de inconstitu-

* Recibido 26/04/2016 - Aprobado 22/09/2016.

** Abogada por la Universidad Ludwig-Maximilian (LMU) de Múnich/Alemania, becaria doctoral SeCyT, doctoranda UNC-Córdoba/LMU-Múnich. Email: anna.e.m.richter@gmail.com.

cionalidad interpuesto por el defensor del penado Víctor Hugo Aguirre en contra del auto 443 del 4 de julio de 2014 dictado por el Juzgado de Ejecución Penal de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

Basándose en el art. 14 CP y el art. 56 bis de la ley 24.660, se le denegó a Aguirre, condenado por homicidio en ocasión de robo, tanto la concesión de la libertad condicional como los beneficios en el período de prueba.

El abogado de Aguirre, Mariano Brussa, interpuso un recurso contra esa decisión, mediante el que pretendía obtener por un lado la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14 segunda parte CP y 56 bis de la ley 24.660, y por otro lado pedía acceder a la libertad condicional. Ese recurso fue fundamentado con la afirmación de que tal negación de la libertad condicional y los beneficios en el período de prueba violaría la garantía de igualdad ante la ley, así como los principios de progresividad, proporcionalidad y humanidad, y el mandato de re-socialización.

El recurso fue rechazado en ambos sentidos por el Juzgado de Ejecución Penal de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba en su auto n° 443 del 4 de julio de 2014. El rechazo se basa en dos argumentos. Primero, el Juzgado alega que la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe ser la *ultima ratio*, a la que se recurre sólo cuando la contradicción con la norma constitucional es manifiesta y la incompatibilidad es incurable. Así, las leyes correctamente sancionadas y promulgadas llevarían la presunción de validez que solamente se supera bajo las condiciones anteriormente mencionadas.

El segundo argumento es más específico y se basa en la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la figura de la libertad condicional. Según el Juzgado de Ejecución Penal, ni la inclusión, ni la exclusión general del instituto de la libertad condicional sería inconstitucional, más bien, el legislador tiene libertad de elección en este punto. Incluir la libertad condicional en el sistema jurídico es entonces la provisión de un beneficio al que el ciudadano no tiene un derecho constitucional. Limitar tal beneficio sería una elección de política criminal que no causaría desventajas a los ciudadanos.

A continuación, el Juzgado de Ejecución Penal deduce que Aguirre no cumple con las exigencias para acceder a la libertad condicional, por ende rechaza el pedido de acceder a ella y resuelve no hacer lugar a los planteos de inconstitucionalidad de la libertad condicional.

Contra ese auto, Brussa, el abogado de Aguirre, interpuso el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, reiterando los argumentos ya presentados ante el Juzgado de Ejecución Penal.

La pregunta a resolver por el Tribunal Superior de Justicia era entonces, primero, si las normas previstas en el art. 14 segunda parte del CP y en el art. 56 bis de la ley 24.660 son inconstitucionales; y segundo, cuál solución correspondía dictar en el caso concreto.

El Tribunal Superior decidió dar lugar al recurso de inconstitucionalidad y resolvió: primero, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; segundo, declarar la inconstitucionalidad de la aplicación al caso del art. 14 segundo supuesto del CP y 56 bis de la ley 24.660 “en cuanto excluyen al prevenido Víctor Hugo Aguirre de la posibilidad de acceder a la libertad condicional y a los beneficios comprendidos en el periodo de prueba —respectivamente—”; y tercero, remitir la causa al Tribunal de Ejecución.

III. La argumentación del Tribunal Superior

Al igual que el Juzgado de Ejecución Penal, el Tribunal Superior comienza su argumentación con una explicitación de los requisitos generales para declarar una ley como inconstitucional. Según ello, la norma en cuestión debe expresar una irrazonabilidad e inequidad manifiesta a la que es aplicable la regla de la clara equivocación¹.

Luego, el Tribunal Superior aplica estas reglas generales a las cuestiones específicas del caso.

Respecto del principio de igualdad, cuya infracción el recurrente había alegado, el Tribunal Superior sostiene que éste prohíbe un trato diferente injustificado o irrazonable. Eso significa que las diferencias en el trato no están excluidas de por sí por el principio de igualdad, sino que sólo están vedadas aquellas diferencias que no pueden basarse en una justificación razonable. Aplicado al caso, el Tribunal superior concluye que la exclusión abstracta de ciertos delitos de los beneficios en la ejecución de la pena es una discriminación irrazonable y por ende vulnera la igualdad ante la ley.

Según el Tribunal Superior, esa violación del principio de igualdad se expresa en la vulneración del principio de progresividad. Según este principio, el recluso debe tener la posibilidad de retornar progresivamente a la sociedad, i.e. a la vida en libertad. Para ello, y bajo ciertas condiciones temporales y de comportamiento, la pena privativa de libertad debe flexibilizarse gradualmente, permitiéndole así al recluso acceder a formas menos estrictas como la libertad condicional o salidas transitorias.

Las reglas, cuya inconstitucionalidad afirma el recurrente, interfieren claramente con el principio de progresividad, porque excluyen a los autores y participantes de los delitos enumerados de los beneficios de flexibilización de la ejecución de la pena. Sin embargo, esta exclusión no puede basarse en la gravedad de los delitos, dado que existen otros delitos de igual o mayor gravedad, incluso contra los mismos bienes jurídicos, para cuya ejecución de la pena no se encuentran semejantes limitaciones. Así, entre todos los tipos de homicidios penados con pena perpetua, sólo el homicidio *criminis causa* y entre los delitos con pena temporaria sólo el homicidio en ocasión de robo conllevan las mencionadas restricciones en la flexibilización de la pena. Según el Tribunal Superior existen incluso otros delitos de mayor gravedad para los que no se encuentra tal limitación de la ejecución de la pena. Por ende, la gravedad del delito no justifica su trato diferente. El Tribunal Superior concluye que la selección de delitos a los que se aplican las restricciones mencionadas es discriminatoria, porque existen delitos de igual o menor gravedad para los que no rige una limitación de la flexibilización de la pena parecida. Según el Tribunal Superior este trato diferente de delitos igualmente graves vulnera el principio de igualdad establecido en el art. 16 CN.

¹ En el fallo, la regla de la clara equivocación está descrita de la siguiente manera: “sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara —tan clara que no queda abierta a una cuestión racional—” en cuyo caso “la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable”.

Dado que el trato diferente de esos delitos no puede basarse en una mayor gravedad, culpabilidad “u otro fin con amparo constitucional”², el Tribunal Superior concluye que esa vulneración del principio de igualdad es un argumento lo suficientemente fuerte como para declarar la inconstitucionalidad de los arts. 14 segundo supuesto del CP y 56 bis de la ley 24.660.

Por ende, el Tribunal Superior hace lugar al recurso de inconstitucionalidad y declara la inconstitucionalidad de la aplicación al caso de los arts. 14 segundo supuesto del CP y 56 bis de la ley 24.660.

IV. Análisis crítico

Este fallo da lugar a diversas observaciones. En el presente trabajo se tratarán la cuestión de los diferentes niveles del análisis de constitucionalidad y la consideración de estos escalones en la argumentación del Juzgado de Ejecución Penal y el Tribunal Superior en la resolución aquí comentada.

1. Los diferentes niveles del análisis de constitucionalidad

Cuando se analiza una figura jurídica, la cuestión de la inconstitucionalidad se puede plantear en dos niveles. Por un lado, hay que analizar la constitucionalidad de la figura misma. Ella puede ser inconstitucional, i.e. prohibida por la Constitución, pero la Constitución también puede mostrarse neutral frente a la figura, i.e. ni la prohíbe ni exige su inclusión en el sistema jurídico, y por último la inclusión de la figura en el ordenamiento jurídico puede ser exigida por la Constitución. En vez de hablar de una figura “constitucionalmente exigida”, como se hará en lo siguiente, también se podría decir que se trata de un caso de “inconstitucionalidad por omisión”, porque la omisión de la inclusión —dicho de manera más simple, la no inclusión— de tal figura en el sistema jurídico sería inconstitucional³. Por otro lado, las configuraciones y limitaciones de una figura jurídica pueden ser conformes a la constitución o no. El primer nivel se ocupa entonces de la constitucionalidad de la figura jurídica, en el segundo nivel se tratan las configuraciones específicas de una figura, es decir, el (limitado) acceso a ella y demás cuestiones de realización y aplicación en los diferentes casos pensables. A los fines de esta presentación llamaré al primer nivel “de contenido” y al segundo “de configuración”. Para que se pueda hablar de constitucionalidad, deben cumplirse ambos escalones.

Un ejemplo para una figura inconstitucional es la tortura. Ella atenta contra el principio de la dignidad humana, el derecho constitucional a la integridad física y el principio de *fair-trial* que se basa en el principio del Estado de Derecho. Sea cual fuere la configuración de la tortura, su mera inclusión en un

² Resolución n° 434, 1ª cuestión, pto. V.3.

³ Respecto de la figura de la inconstitucionalidad por omisión véase, por ejemplo, BAZÁN, VÍCTOR (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, 1997; CARPIO, MARCOS EDGAR - ETO CRUZ, GERARDO, *El control de las omisiones inconstitucionales y legales en el derecho comparado*, 2004, p. 44 y ss.; CASTRO PATIÑO, IVÁN, *Inconstitucionalidad por omisión*, 2006, pp. 115 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO, *La inconstitucionalidad por omisión*, 1998, pp. 67 y ss.; PATIÑO CRUZ, SILVIA - OROZCO SOLANO, VÍCTOR, *La inconstitucionalidad por omisión*, 2004, pp. 183 y ss.; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 58/59, p. 253.

sistema jurídico de índole occidental sería inconstitucional⁴. Un ejemplo para una institución cuya inclusión es constitucionalmente exigida podría ser la defensa técnica en el proceso penal, i.e. la posibilidad del imputado de contar con el apoyo de un abogado defensor durante el proceso. Según múltiples opiniones, esta figura puede considerarse de tanta importancia para el principio del Estado de Derecho en su manifestación del principio de *fair-trial*, o para el derecho constitucional a la audiencia jurídica, que tales principios no podrían mantenerse sin la existencia de la defensa técnica⁵.

Sin embargo, gran parte de las figuras jurídicas no son ni inconstitucionales ni constitucionalmente exigidas. Son en algún sentido neutrales y serán tratadas aquí junto con las figuras constitucionalmente exigidas, porque son compatibles con la Constitución (aunque no requeridas por ella).

Entre las diferentes opciones de estos dos niveles —el de contenido y el de configuración— se pueden pensar distintas combinaciones. Así, una figura generalmente compatible con la Constitución puede tener requisitos de aplicación que coinciden con la Constitución. Entonces, esta figura y su configuración específica son compatibles con la Constitución.

No obstante, esta figura generalmente compatible con la Constitución también podría tener exigencias de aplicación inconstitucionales, por ejemplo porque los requisitos de acceso son injustificablemente discriminatorios. En ese caso, si bien la figura en sí cumple con los requisitos de constitucionalidad, sus exigencias de aplicación no lo hacen. Por ende, respecto de esas exigencias de aplicación no se puede hablar de constitucionalidad. Sin embargo, esa inconstitucionalidad se podría enmendar fácilmente con la mera modificación de los requisitos inconstitucionales; en ese caso no haría falta derogar la figura entera o declarar su inconstitucionalidad.

Por otro lado, también es pensable que la figura misma sea inconstitucional. Incluso frente a una figura inconstitucional, las configuraciones específicas pueden ser compatibles con la Constitución, por ejemplo porque el acceso a esa figura inconstitucional cumple con los requisitos del principio de igualdad. En este caso, si bien el segundo nivel de constitucionalidad está satisfecho, la inconstitucionalidad en el primer nivel convierte la figura entera en incurablemente inconstitucional. En estas circunstancias, la constitucionalidad del sistema jurídico afectado puede reestablecerse de dos maneras diferentes, una permanente y otra más provisoria. La solución provisoria consiste en la declaración de inconstitucionalidad de esa figura por un tribunal en el caso concreto. Eso tiene la ventaja de resolver rápidamente la tensión entre la Constitución y la figura y la desventaja de que solamente se alivia la tensión para un caso concreto, pero no se resuelve por completo. Dado que la figura inconstitucional sigue formando parte del sistema jurídico, la contradicción entre ésta y la Constitución sigue en pie. La solución permanente y “más limpia” consiste en la derogación de la figura inconstitucional por el parlamento competente. De esta manera, la

⁴ Eso se refleja también en el art. 18 de la Constitución de la Nación Argentina, según el cual “quedan abolidos para siempre [...] toda especie de tormento y los azotes”.

⁵ Así, en la jurisprudencia y dogmática alemana: PAULUS, RAINER, “Dogmatik der Verteidigung”, *NStZ* 1992, pp. 305 ss., p. 310, nota 105; SCHULZ, JOACHIM, “Die Austauschbarkeit von Beweismitteln”, *StV* 1991, pp. 354 ss., p. 362. *BVerfGE* 9, 89 (95); *BVerfGE* 26, 66 (71); 34, 293 (302); 38, 105 (111); 39, 156 (163); 39, 238 (243); 63, 380 (390 f.); 64, 135 (149). Para Argentina, por ejemplo: CARRIÓ, ALEJANDRO - GARAY, GUILLERMO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, p. 537, con más menciones.

figura inconstitucional se excluye del ordenamiento jurídico y se reestablece un sistema acorde con la Constitución. Como se ve, no es posible mantener la figura inconstitucional en el sistema jurídico y resolver de manera permanente la tensión entre ésta y la Constitución, y esto es así porque la inconstitucionalidad de una figura en sí no se puede subsanar. Así, la tortura siempre será inconstitucional, incluso si en el segundo nivel la aplicación de métodos de tortura va conforme con los principios de proporcionalidad e igualdad. Por último, se puede dar una inconstitucionalidad en ambos niveles, por ejemplo si la tortura como figura inconstitucional se aplica sólo en delitos leves, o sólo a personas rubias, lo que infringiría los principios de proporcionalidad e igualdad respectivamente. También en este caso sólo queda el camino de la derogación de la figura o su declaración como inconstitucional para restablecer la constitucionalidad.

Estas diferentes combinaciones se pueden expresar de la siguiente manera en un cuadro:

Primer nivel de contenido	Segundo nivel de configuración	Constitucionalidad general
1	1	sí
1	0	no, pero subsanable
0	1	no, no subsanable
0	0	no, no subsanable

2. Aplicación del análisis bipartito por los dos tribunales

La figura general que nos interesa en el caso presente es la libertad condicional y los beneficios de flexibilización de la ejecución de la pena privativa de libertad. Siguiendo el esquema anteriormente presentado, en el primer nivel de análisis habría que evaluar si la libertad condicional y los beneficios de flexibilización en sí son compatibles o no con la Constitución. En el segundo nivel se analizará si las especificaciones de las dos figuras, especialmente las limitaciones comprendidas en los arts. 14 segunda parte del CP y 56 bis de la ley 24.660 son compatibles con la Constitución.

a) El Juzgado de Ejecución Penal

El Juzgado de Ejecución Penal se expresó claramente con respecto al primer nivel, afirmando que la libertad condicional en sí no es inconstitucional y que su inclusión en el sistema jurídico tampoco es constitucionalmente exigida⁶. Según el Juzgado de Ejecución Penal, se trata entonces de una figura neutral, respecto de la cual el legislador puede decidir libremente si quiere incluirla en su sistema jurídico o no⁷.

⁶ Res. n° 434, 1ª cuestión, pto. III.

⁷ Múltiples autores coinciden en que es posible delimitar el ámbito de discreción del legislador, de manera tal que dentro de ese límite la cuestión es indecidible en términos constitucionales. Roxin por ejemplo sostiene que el principio del daño funciona como límite al poder estatal, por lo que no se podrían penar conductas que no generen daños morales de cierto tipo. Ahora bien, no toda conducta que genera daños de cierto tipo debe ser necesariamente penada. Esto quiere decir que si el legislador decide no incluirla en un tipo penal, ejercitando su discreción, no puede hablarse de inconstitucionalidad alguna. Véase ROXIN, CLAUS, "Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte",

A la vez, el Juzgado de Ejecución Penal entiende que también la limitación del acceso a estas figuras es neutral. La reconstrucción que hace el Tribunal Superior de la argumentación del Juzgado de Ejecución Penal hace suponer que el Juzgado de Ejecución Penal no ve ninguna diferencia entre la pregunta de la constitucionalidad de la figura de la libertad condicional y la cuestión de la constitucionalidad de su configuración específica. Dado que la figura en sí es neutral o, en otros términos, compatible con (pero no exigida por) la Constitución, según el Juzgado de Ejecución Penal, también lo sería su aplicación limitada. Sin embargo, estas dos cuestiones deberían analizarse por separado. De la afirmación de que la figura de la libertad condicional no infringe la Constitución no se puede sacar ninguna conclusión respecto de la (in-)constitucionalidad de las limitaciones específicas de acceso a la libertad condicional comprendidas en los artículos en cuestión. O, dicho de otra manera y siguiendo el esquema establecido arriba, de la constitucionalidad de una figura en el primer nivel de análisis no se sigue que sus configuraciones específicas, especialmente los requisitos y limitaciones de acceso a ella que se evalúan en el segundo nivel de constitucionalidad, también sean compatibles con la Constitución. De hecho, la constitucionalidad de una figura en el primer escalón del análisis no nos da ningún argumento ni a favor ni en contra de la constitucionalidad de sus configuraciones. Sin embargo, el Juzgado de Ejecución Penal parece sacar esta conclusión.

Aun si se supone que el Juzgado de Ejecución Penal no comete el error consistente en derivar de la constitucionalidad en un nivel su constitucionalidad en el otro, la argumentación del Juzgado de Ejecución Penal a favor de la constitucionalidad en el segundo nivel no es convincente. Según éste, el establecer límites para acceder a los beneficios de la libertad condicional y la flexibilización de la ejecución de la pena se basaría en una elección de política criminal que no causa perjuicio⁸. Sin embargo, esta argumentación no es compatible con los requisitos de constitucionalidad establecidos en el sistema jurídico argentino. Como ya se dijo antes, una vez que se incluyó una determinada figura en el ordenamiento jurídico, su configuración específica tiene que cumplir con las exigencias de constitucionalidad. Esto comprende el hecho de que según el principio de igualdad todas las personas deben tener *prima facie* el mismo derecho de acceder a tales figuras y que un trato diferenciado sólo cumple con el principio de igualdad si tales discriminaciones son justificadas y racionales. Que algo sea una decisión de política criminal no libera al legislador de la obligación de cumplir con el principio de igualdad en la configuración de esa decisión político-criminal.

Por otro lado, tampoco se puede seguir al Juzgado de Ejecución Penal en su afirmación de que la limitación de acceder a ciertos beneficios, comprendida en los arts. 14 segunda parte del CP y 56 bis ley 24.660, no causaría perjuicio. Si para ciertos casos existen tales beneficios y para otros no, el que no puede acceder a ellos se ve claramente perjudicado. Sin embargo, la mera constatación de una desventaja todavía no nos dice nada sobre la (in-)constitucionalidad de ese empeoramiento. Esta cuestión debe analizarse en el margen de una posible vulneración del principio de igualdad, lo que el Juzgado de Ejecución Penal ha omitido.

en NEUMANN, ULFRID - HERZOG, FELIX, *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, pp. 573 ss., versión española traducida por Anna Richter en: CÓRDOBA, GABRIELA *et al.*, *Sistema del hecho punible*, vol. II, 2015, pp. 51 ss.

⁸ Res. n° 434, 1ª cuestión, pto. III.

Así, incluso si se supone que el Juzgado de Ejecución Penal no dedujo erróneamente de la constitucionalidad en el primer nivel de análisis la del segundo nivel, los argumentos presentados en el segundo nivel tampoco son convincentes. Y eso independientemente de si la conclusión a la que llega el Juzgado de Ejecución Penal —que los artículos en cuestión serían compatibles con la Constitución— se estima correcta o no.

b) El Tribunal Superior

El Tribunal Superior no se ocupa del primer nivel de análisis, es decir, no plantea la cuestión de si la libertad condicional y los beneficios de flexibilización en el ejercicio de la pena son figuras de por sí acordes a la Constitución. Tampoco se expresa sobre las consideraciones respectivas del Juzgado de Ejecución Penal o sobre el hecho de que los dos tribunales se mueven en niveles diferentes. Más bien, comienza su análisis directamente en el segundo nivel con la evaluación de si las limitaciones de acceso a la libertad condicional y los beneficios de flexibilización son compatibles con el principio de igualdad. De esta omisión del primer paso se puede sacar la conclusión que el Tribunal Superior considera estas dos figuras como tan poco problemáticas que ni siquiera ve una necesidad de mencionar su posible inconstitucionalidad. Otra interpretación es que el Tribunal Superior desatendió la división del análisis de constitucionalidad en los dos escalones mencionados y consideró que el análisis de constitucionalidad sólo se limitaba a la cuestión comprendida en el segundo escalón. Esto es, no se ocupó de la cuestión de la constitucionalidad del contenido de la figura jurídica, sino de la constitucionalidad de su configuración.

Dado que la argumentación exployada por el Tribunal Superior en este segundo nivel del análisis es clara y convincente, no requiere de un ulterior examen crítico.

Este breve resumen demuestra dos cosas. Por un lado, los dos tribunales se mueven en niveles diferentes del análisis de constitucionalidad. Mientras el Juzgado de Ejecución Penal se ocupa primordialmente de la cuestión de la constitucionalidad de la figura de la libertad condicional en general, y de ello pretende sacar conclusiones para la constitucionalidad de las limitaciones de acceso a la libertad condicional en el caso concreto, el Tribunal Superior ni siquiera menciona la pregunta de la constitucionalidad de la libertad condicional como figura y centra su atención en la segunda pregunta. En este contexto es especialmente notable que el Tribunal Superior no menciona este hecho de que los dos tribunales se mueven en niveles diferentes. Quizás esto se explique porque el Tribunal Superior no notó que se habían centrado en escalones diferentes.

Esta sospecha también se refleja en la segunda observación de que la división de niveles no resulta clara en ninguna de las dos argumentaciones de los tribunales. Si ninguno de los dos tribunales concibió la existencia de los dos niveles, entonces resulta lógico que no hayan separado claramente entre ambas escalas.

V. Conclusión

El Tribunal Superior llega a una solución clara y convincente respecto de la inconstitucionalidad de los arts. 14 segunda parte CP y 56 bis ley 24.660. Sin

embargo, y dado que ni mencionó la constitucionalidad de la figura de la libertad condicional en sí, ni se expresó acerca de las reflexiones realizadas por el Juzgado de Ejecución Penal, queda la pregunta de si notó que existen dos niveles en el análisis de constitucionalidad.

Como he tratado de mostrar en el presente trabajo, estos dos niveles de análisis argumentativo son importantes. En especial para distinguir si una figura o ley es inconstitucional o simplemente compatible con la Constitución, y, en el caso que sea incompatible, en qué punto se encuentra su incompatibilidad. Es claro que hay al menos dos niveles de incompatibilidad. Uno aquí ha sido llamado de contenido y otro de configuración. Los nombres no son tan importantes como el hecho de que tales distinciones ayudan a analizar de manera ordenada los múltiples problemas involucrados en los recursos en materia penal.



SECCIÓN V
BECARIOS DE PREGRADO

NEOLIBERALISMO Y BIOPOLÍTICAS. RESISTENCIAS CARRERAS EN CÓRDOBA*

*Fidel Azarián***

Los recuperadores de residuos urbanos se volvieron visibles en Argentina tras la crisis de 2001, cuando los cartoneros se constituyeron en uno de los claros indicios del hambre, la pobreza, el desempleo y la precarización laboral que asolaban al país. En el escenario signado por la dura crisis económica y social a la que nos arrojaron las políticas neoliberales ejecutadas en la década de los noventa, el trabajo en la calle se les planteó a muchos como una alternativa a la falta de empleo, a su inestabilidad, o un complemento de los insuficientes ingresos percibidos¹.

El trabajo con residuos en la calle reconoce variadas manifestaciones: cartoneros, carreros, cirujas, entre otros. La principal diferencia radica en la modalidad de trabajo: el del “cartonero” es un trabajo selectivo, el único material que recoge es el cartón y por eso mismo suelen tener circuitos de recolección predeterminados. El trabajo del “carrero” es más complejo, supone una interacción entre el equino y el humano para realizar la carga de materiales. El carrero recolecta cartón pero también otros materiales, como por ejemplo escombros y podas. El “ciruja” recolecta todo tipo de materiales, pero realiza su trabajo a pie, por lo general, en basurales a cielo abierto.

Cabe hacer lugar a las diferencias porque a la hora de proponer soluciones a las demandas planteadas por cada sector, el Estado responde a imperativos de “eficiencia”, “modernización” y “competitividad”, ignorando las demandas de los trabajadores, que se corresponden con particulares formas de vivir el trabajo en la calle. Así es como desde la Cooperativa La Esperanza —asociación que nuclea alrededor de 700 carreros cordobeses— se diferencian de los cartoneros aduciendo que ellos no se dedican principalmente a la recolección de cartón sino que trabajan con poda y escombros, rechazando la propuesta del gobierno municipal en el sentido de reemplazar los caballos por una motocarga (para dejar atrás la tracción a sangre animal, pero también para prestar un “mejor” servicio de recolección de residuos).

* Resultados parciales obtenidos en el marco del proyecto de investigación financiado por el CIJS: “Producciones biopolíticas. El conflicto judicial entre los carreros de la Cooperativa La Esperanza y la Fundación Sin Estribos”, cuya directora es la Dra. María Alejandra Ciuffolini y la co-directora es la Dra. Sabrina Villegas Guzmán, a quienes agradezco especialmente.

** Fidel Azarián es estudiante avanzado de la Licenciatura en Ciencia Política (UCC) y estudiante avanzado de la carrera de Abogacía (UNC). Miembro del Colectivo de Investigación “El llano en llamas”. Becario de grado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (2015-2016). E-mail: fidelazarian_iu@hotmail.com.

¹ VERGARA, GABRIELA, “Capitalismo, cuerpos y energías en contextos de expulsión. Experiencias de trabajo en las mujeres recuperadoras de residuos de Córdoba y San Francisco”, 2011. Disponible en: <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/astrolabio/article/view/492/533>.

Los carreros de la Cooperativa La Esperanza constituyen un eslabón muy importante en la recolección y recuperación de residuos sólidos urbanos. Le prestan un servicio a la municipalidad que consiste en la recuperación de residuos domiciliarios, traslado de poda y escombros hacia los predios autorizados, y por último, limpieza y control de los basurales y espacios públicos.

La cooperativa de carreros y recicladores La Esperanza nace en Villa La Lonja, Córdoba, a fines del año 2010 con múltiples reclamos: puestos de trabajo, reconocimiento como trabajadores formales, políticas de protección para los caballos, creación de una planta de reciclado, proyectos de educación popular, entre otros. La lucha de La Esperanza emerge en una coyuntura política neoliberal, donde el circuito de recolección y tratamiento de los residuos sólidos urbanos se encuentra en su mayor parte en manos de empresas privadas, y las políticas públicas hacia los recuperadores de residuos empujan a esta población al abandono, a la precarización y a la criminalidad.

Si hacemos un breve recorrido por la historia reciente del servicio de recolección de residuos domiciliarios en Córdoba, nos encontramos con que ya en 1986 el grupo Roggio obtuvo la licitación para la recolección en la ciudad. La empresa "Cliba", perteneciente a ese grupo económico, mantuvo la titularidad de la prestación del servicio hasta el año 2008, cuando se crea y pone en funcionamiento la empresa estatal "CReSE". Cabe aclarar que en esa época, las relaciones sociales de fuerza favorecían al gremio de empleados municipales, que se había reestructurado y actuaba como punto de apoyo de la gestión municipal 2003-2007, incidiendo notoriamente en las decisiones de gobierno. Pero en el año 2012, en medio de una reconfiguración del escenario político, el servicio vuelve a manos privadas y quedan como concesionarias la empresa Logística Urbana (LUSA) y Cotreco, mientras que la empresa POL S.R.L se hace cargo de la recolección en los predios autorizados por la municipalidad para tirar la basura (y Cotreco también en algunas áreas de la ciudad).

Observamos entonces que la nueva gestión municipal asumió que la forma más eficiente de prestar el servicio de recolección de residuos domiciliarios es a través de empresas privadas. Las adjudicaciones que hizo la municipalidad a los particulares han sido denunciadas por la Cooperativa de carreros y recicladores urbanos La Esperanza como "negocios" que tiene el gobierno con estas empresas. De hecho, durante el debate por la privatización del servicio, la cooperativa La Esperanza presentó al gobierno un proyecto de gestión de residuos alternativa basada en la formación de un circuito de reciclaje, con participación de los carreros² (Ross, 2013).

Lo que está en juego en la lucha de los carreros es el trabajo y el alimento que necesitan para subsistir. Debería resultar al menos paradójico que las condiciones de existencia de los carreros sean tan precarias, ya que ellos constituyen un eslabón destacado en el proceso de gestión de la basura, actividad que genera una enorme rentabilidad para los empresarios. Quizás uno de los efectos más perniciosos que produce la racionalidad neoliberal es que traza un campo de diferenciaciones entre vidas a proteger, a cuidar, a "futurizar" y

² ROSS, LEANDRO, "Una polémica que cuelga sus estribos", 2013. Disponible en <http://ecoscordoba.com.ar/una-polemica-que-cuelga-sus-estribos/>.

vidas que se reservan para la explotación, para la cosificación o se abandonan a su suerte³.

El neoliberalismo ha desarrollado una tecnología de poder cuyo objeto y blanco es la vida de las poblaciones. Según Foucault “habría que hablar de biopolítica para designar lo que hace entrar a la vida y sus mecanismos en el dominio de los cálculos explícitos y convierte al poder-saber en un agente de transformación de la vida humana, esto no significa que la vida haya sido exhaustivamente sometida a técnicas que la dominan o administran; escapa a ellas sin cesar”⁴. En ese sentido, la vida misma se ha vuelto un campo de batalla donde se juegan dispositivos de sujeción cada vez más intensos pero emergen también, simultáneamente, estrategias de resistencia que nos permiten imaginar nuevos espacios de poder, autonomía, subjetivación y relación con lo vivo⁵.

Creemos que la lucha que llevan adelante los carreros de la Cooperativa La Esperanza puede ser analizada como un caso paradigmático de esas nuevas prácticas políticas que se inscriben en el terreno de la biopolítica. La fuerza vital de los carreros se vuelve contra el sistema que pretende regularla; “la vida mucho más que el derecho, se volvió la apuesta de las luchas políticas, incluso si estas se formularon a través de afirmaciones de derecho”⁶. El derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho a la identidad; todos ellos son vectores que habilitan estrategias de acción para una vida digna, una vida plena, capaz de experimentar todo su potencial.

Pero no sólo la vida en su condición meramente biológica es objeto político de la disputa. Los carreros también defienden un “estilo de vida” que han aprendido desde niños en los barrios en que se criaron y hoy les cuesta la discriminación y la acusación de maltrato animal por parte de ciertas ONG (como la “Fundación Sin Estribos”) que buscan criminalizar el trabajo en carro y muchas veces lo logran.

La lucha que lleva adelante la cooperativa La Esperanza por más y mejores becas, por una gestión de la basura ecológicamente sustentable de la cual los carreros puedan formar parte, por un proyecto de educación popular para las familias carreras, por políticas públicas que favorezcan el cuidado y la salud de los caballos, etc.; es una resistencia biopolítica. El trasfondo de todas esas disputas es un conflicto vital. Lo que está en juego es una decisión sobre los cuerpos y su capacidad de transformación: se trata de la construcción de un paradigma alternativo al neoliberalismo. En la lucha de los carreros se juega una nueva experiencia ética, estética y política, cuyo potencial emancipatorio se asienta en una asombrosa creatividad para proteger y expandir la vida.



³ GIORGI, GABRIEL, *Formas comunes. Animalidad, cultura, biopolítica*, Eterna cadencia, Buenos Aires, 2014.

⁴ FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber*, Siglo veintiuno Editores, Buenos Aires, 2008.

⁵ GIORGI, GABRIEL - RODRÍGUEZ, FERMÍN, “Prólogo”, en GIORGI, GABRIEL - RODRÍGUEZ, FERMÍN (Compiladores), *Ensayos sobre biopolítica. Excesos de vida*, Paidós, Buenos Aires, 2007.

⁶ FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber*, Siglo veintiuno Editores, Buenos Aires, 2008.

LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

Valeria Bizarro*

Resumen: Los procesos colectivos constituyen una relación jurídico-procesal compleja, que demanda una actuación procesal de las partes con determinadas particularidades, siendo de vital importancia determinar cuál es la función y roles a cargo de los abogados y jueces intervinientes. Sabemos que para que un proceso, en tanto herramienta ciudadana, sea eficiente es necesario que se desarrolle en el marco de una relación jurídico-procesal válida, propiciándose un debate en igualdad de condiciones, donde las partes cuenten con oportunidades procesales para alegar y probar, activando los medios de prueba necesarios. En este contexto, el juez es responsable de garantizar que el proceso colectivo sea adecuadamente conducido durante todo su desarrollo, debiendo velar por una efectiva igualdad de actuación entre las partes.

Palabras clave: tutela colectiva - facultades jurisdiccionales - rol del juez.

1. Introducción

Los procesos colectivos constituyen una relación jurídico-procesal compleja, que demanda una actuación procesal de las partes con determinadas particularidades, siendo de vital importancia determinar cuál es la función y roles a cargo de los abogados y jueces intervinientes. Sabemos que para que un proceso, en tanto herramienta ciudadana, sea eficiente es necesario que se desarrolle en el marco de una relación jurídico-procesal válida, propiciándose un debate en igualdad de condiciones, donde las partes cuenten con oportunidades procesales para alegar y probar, activando los medios de prueba necesarios. En este contexto, el juez es responsable de garantizar que el proceso colectivo sea adecuadamente conducido durante todo su desarrollo, debiendo velar por una efectiva igualdad de actuación entre las partes. Torres Traba¹ habla de un juez director, que, en permanente uso de sus facultades procesales, extrema todas las medidas necesarias para llevar adelante un debate ordenado, monitoreando el equilibrio de las partes a lo largo de todo el proceso.

2. Perfil del juez

El juez tendrá a su cargo el control de los presupuestos procesales, que son denominados por Von Bülow² como requerimientos de admisibilidad previos a la constitución de la relación procesal, a saber: a) *Legitimación* (las perso-

* Abogada, “egresada sobresaliente” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Integrante del Cuadro de Honor por resolución decanal n° 1040/2015. Adscripta en las asignaturas “Derecho Tributario” y “Derecho Constitucional” de la Facultad de Derecho (UNC). Becaria de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (2014-2015).

¹ TORRES TRABA, JOSÉ MARÍA, “El rol del juez y del abogado...”, en SALGADO, JOSÉ MARÍA (director), *Procesos colectivos y acciones de clase*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2014, pp. 23-82.

² VON BÜLOW, OSCAR, “La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”, *Revista de Derecho Procesal*, 2003-2: Defensa y Excepciones-II, pp. 13-26.

nas que pueden demandar y ser demandadas), b) *Idoneidad* (objeto y materias que pueden llevarse al terreno del litigio), c) *Prescripción y caducidad del derecho* (el tiempo y posibilidad de efectuar el reclamo).

Cada una de estas previsiones debe ser controlada por el juez o tribunal a la hora de habilitar la instancia.

La legitimación y representatividad adecuada de las partes deberá mantenerse a lo largo del proceso, debiendo la defensa ser idónea y articulada por medio de asistencia letrada. El juez, en su rol de director, será responsable de garantizar que el proceso colectivo sea adecuadamente conducido y, para ello, acompañará todas las fases del procedimiento, controlando de cerca las actividades de las partes, atemperando o flexibilizando los requisitos procesales, según las disposiciones del caso lo aconsejen, sin vulnerar el debido proceso legal. Esta tutela procesal diferenciada exige un juez participativo, que deberá actuar con celeridad y resolver en un plazo razonable, para otorgar una debida protección a los derechos comprometidos.

2.1. Facultades

A continuación, enunciaremos una serie de facultades-deberes del juez³, que no se caracterizan por ser meramente potestativas, sino que, por el bien jurídicamente protegido, exigen una conducta activa y protectoria del derecho conculcado.

- *Tuitiva - cautelar*

Se le reconoce la facultad de otorgar una tutela jurisdiccional anticipada, ya sea de manera previa a la habilitación de la instancia o bien durante el transcurso del proceso, pudiendo dictar medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los posibles daños y perjuicios. Podrá disponerlas sin petición de parte cuando existiere un peligro de daño grave e inminente de imposible o difícil reparación ulterior.

- *Delimitación del objeto del proceso*

Para establecer que una determinada acción reviste el carácter de colectiva, es necesario que sea enunciada de tal manera por el juez o tribunal interviniente. En este sentido, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica⁴, dispone dentro de las funciones del juez, la de decidir luego de celebrada la audiencia preliminar si el proceso tiene mérito para proseguir en la forma o modalidad colectiva.

³ PORZIO, PAULA E., "El juez frente al proceso colectivo. Un nuevo marco para la función jurisdiccional", en SALGADO, JOSÉ MARÍA (director), *Procesos colectivos y acciones de clase*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2014, pp. 85-110.

⁴ Aprobado en Caracas, Venezuela el 28/10/2004, por la Asamblea General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. "Audiencia preliminar. Cerrada la fase postulatoria, el juez convocará a la audiencia preliminar, a la cual comparecerán las partes o sus procuradores, habilitados para transigir. Si no se obtuviere la conciliación, si ésta fuere parcial, o si, por cualquier motivo, no fuere adoptado otro medio de solución del conflicto, el juez, en forma fundada:

I - decidirá si el proceso tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva;

II - podrá separar los pedidos en procesos colectivos distintos, tendientes a la tutela, respectivamente, de los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos, siempre que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso" (art. 11).

- *Control sobre la adecuada publicidad del proceso colectivo*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio de la acordada 32/2014 dispuso la creación del Registro Público de Procesos Colectivos a los fines de que exista una adecuada publicidad. En el registro deberán inscribirse todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos. Tal inscripción, comprende a todas las causas de la especie indicada, radicadas ante el Poder Judicial de la Nación, cualquiera que fuese la vía procesal por la cual tramiten —juicio ordinario, amparo, hábeas corpus, hábeas data, u otros— y el fuero ante el que estuvieran radicadas. La finalidad de la creación del registro es evitar la gravedad institucional que genera la existencia de sentencias contradictorias de distintos estrados, por la presencia de causas colectivas con idénticos o similares objetos provenientes de diferentes tribunales del país.

- *Control de la legitimación y representación adecuada*

El control de la legitimación constituye un presupuesto del debido proceso colectivo. Recordemos que la legitimación activa que se reconoce en los procesos colectivos es amplia, pudiendo encontrarse legitimado cualquier miembro del grupo, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, las personas jurídicas de derecho público, las asociaciones legalmente constituidas que protejan los intereses y derechos de la clase, y en algunos casos tal como sucede en materia ambiental el mismo Estado. Plantear el debate de la legitimación nos lleva a preguntarnos por la representatividad adecuada de quien interviene en el proceso “representando” los intereses de la clase. El Código Modelo nos brinda una serie de parámetros, que en ningún modo importan una enumeración taxativa, que nos servirán de guía para abordar el tratamiento de la representatividad adecuada: a) Credibilidad del legitimado; b) capacidad; c) prestigio y experiencia en la protección judicial o extrajudicial de grupos y clases; c) coincidencia de intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda; d) tiempo de constitución de la asociación.

El juez puede tener en cuenta cualquier otro parámetro según lo amerite la tutela del bien jurídico protegido, cuidando de no alterar la igualdad de las partes en el proceso y la garantía de debido proceso legal. Por otro lado, nada impide que dicho examen sea peticionado por las partes, cuando adviertan ciertas irregularidades en cuanto a los recaudos del actor colectivo. Nos resta determinar cuál es el momento procesal adecuado para efectuar el control de los recaudos y parámetros enunciados. En relación a ello, diremos que en principio debe hacerlo al momento de habilitar la instancia al inicio del proceso, pero dicho control no se agota allí, pues debe ejercitarlo durante la tramitación del juicio, verificando la persistencia de la adecuada representatividad. Por último, cabe determinar si puede extenderse el control a los abogados representantes de las partes. La cuestión no es menor, pues importaría asumir que el magistrado pueda tener algún tipo de injerencia en la postulación del abogado para el proceso. En el sistema norteamericano de las “*Class Actions*”⁵ los recaudos estable-

⁵ Regla 23 (*Federal Rule 23*) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil de Estados Unidos.

cidos para el control de la representatividad adecuada fueron trasladados a los abogados intervinientes, quedando su designación en manos del tribunal. Para ello, se tiene en cuenta el trabajo que el postulante ha hecho en la identificación de posibles reclamaciones, la experiencia en el manejo de demandas colectivas u otros litigios complejos, el conocimiento en la materia que se debate y las leyes aplicables, los recursos dinerarios y materiales. En nuestro ordenamiento, al no contar con ninguna previsión al efecto, el control del juez o tribunal respecto del abogado interviniente será meramente disciplinario, avanzar sobre ello importaría invertir al magistrado de una facultad o potestad excesivamente amplia y discrecional.

- *Conciliatorias*

Las facultades conciliatorias han sido previstas tanto en el Código Modelo, como en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁶. El juez oficiará como conciliador entre las partes, proponiendo fórmulas conciliatorias, o bien supervisando los términos de la negociación entre las partes. Podrá también sugerir otras formas de resolución no adversarial del conflicto, cuando el caso bajo análisis lo permita, tales como la mediación.

- *Probatorias*

En los casos en los que la conciliación no fuere posible, deberá proseguir el proceso. El juez, luego de la interposición y contestación de la demanda, deberá fijar los hechos controvertidos, el ordenamiento de las probanzas, así como el saneamiento de cuestiones procesales. En la actividad probatoria el juez asume un rol activo pudiendo no sólo dictar medidas para mejor proveer, sino también impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables, siempre con el respeto de las garantías del contradictorio⁷.

⁶ "A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto: 1. Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia. El juez podrá, si la naturaleza y el estado del conflicto lo justifican, derivar a las partes a mediación. En este supuesto, se suspenderá el procedimiento por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes. Vencido este plazo, se reanudará el procedimiento a pedido de cualquiera de las partes, lo que dispondrá el juez sin sustanciación, mediante auto que se notificará a la contraria" (art. 360 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

⁷ "Art. 12 Pruebas. — Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos.

Par. 1º - La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible aportar la prueba respectiva, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos.

Par. 2º - Durante la fase de instrucción, si surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa, el juez podrá rever, en decisión fundada, la distribución de la carga de la prueba, y conceder a la parte a quien le fue atribuida un plazo razonable para la producción de la prueba, respetando las garantías del contradictorio en relación a la parte contraria.

En la Ley General de Ambiente también encontramos facultades probatorias amplias en cabeza del juez o tribunal en el art. 32, que establece que podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general⁸.

- *Impulsorias*

El principio dispositivo implica en el proceso civil clásico la decisión de las partes de iniciar, impulsar, probar y exigir el dictado de una sentencia respecto de los derechos considerados inculcados o vulnerados, según el imperativo del propio interés. Sin embargo, en los procesos colectivos no puede sostenerse enteramente lo mismo, pues opera una mutación del principio dispositivo tradicional a la luz de la trascendencia de los derechos tutelados, que se traduce en un rol activo del juez frente al pleito. Ello se ve claramente en el caso de abandono de la acción por parte del legitimado colectivo en donde el juez, en algunos casos, se ve facultado o bien forzado a darle intervención al Ministerio Público como fiscal de la ley⁹.

- *Iudicium- Executio*

Al juez le corresponde el dictado de la sentencia definitiva, y aún en caso de que las partes lleguen a un acuerdo o transacción, el magistrado deberá homologarlo judicialmente para que tenga autoridad de cosa juzgada. Respecto del dictado de una sentencia de condena el Código Modelo establece algunas pautas, pudiendo la misma ser genérica y debiendo fijar la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar. Cuando el valor de los daños individuales, sufridos por los miembros del grupo, fuere uniforme, o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva deberá indicar el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual. Si algún miembro del grupo no está de acuerdo con la indemnización individual o la fórmula para su cálculo establecidos en la sentencia colectiva, podrá deducir una pretensión individual de liquidación¹⁰.

Par. 3º - El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio" (Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica).

⁸ Art. 32, ley 25.675.

⁹ "El Ministerio Público *cuando no intervenga en el proceso como parte*, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Cuando las acciones judiciales hayan sido promovidas en razón de derechos de incidencia colectiva de los consumidores o usuarios las renunciaciones o desistimientos efectuados por uno de sus miembros no vinculará a los restantes litisconsortes. En caso de abandono de la acción por las Asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público" (art. 27 de la ley 13.133 - Código provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios).

* Lo destacado en cursiva se encuentra vetado por el decreto de promulgación 64/2004 de la ley.

¹⁰ "Sentencia de condena. — En caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica y fijará la responsabilidad del demandado por los daños causados, así como el deber de indemnizar.

Par. 1º - Siempre que fuere posible, el juez determinará en la propia sentencia colectiva el monto de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo.

Par. 2º - Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme, prevalentemente uniforme o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.

Par. 3º - El miembro del grupo que no esté de acuerdo con el monto de la indemnización individual o la fórmula para su cálculo establecidos en la sentencia colectiva, podrá deducir una pretensión individual de liquidación" (art. 22 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica).

3. Principios de la actuación jurisdiccional

Siguiendo a Torres Traba¹¹ podemos mencionar algunos principios rectores que deberán ser tenidos en cuenta durante la tramitación del proceso colectivo.

- *Principio de saneamiento procesal*

Éste principio consiste en evitar que el proceso continúe sin advertir, de manera oportuna, la existencia de vicios que podrían producir nulidades. Constituye una facultad jurisdiccional implícita que se vuelve un deber cuando se sustancian procesos constitucionales.

- *Principio de autoridad*

Este principio se evidencia en la ampliación de los poderes y facultades-deberes del juez, y se traduce en el deber de utilizar las facultades procesales instructoras para ordenar el debate entre las partes, corregir las conductas, disponer las medidas de urgencia necesarias para tutelar los derechos en juego, así como el dictado de medidas para mejor proveer, respetando el principio de congruencia y el debido proceso legal.

- *Elasticidad o flexibilización del proceso*

Hablar de elasticidad importa reconocer la existencia de un sistema procesal que autorice expresamente al juez a prescindir de ciertas formas o requisitos para no caer en excesos rituales manifiestos, que entorpecen el desarrollo del proceso y la efectiva protección de los bienes jurídicamente protegidos. Sin embargo, reconocer la existencia de este principio no implica desconocer el derecho de defensa en juicio ni la posibilidad de desarrollar el contradictorio, alegando y probando debidamente, sino prever la posibilidad de que el juez adecue el procedimiento a las especiales circunstancias de la causa.

- *Principio preventivo*

El proceso, como ya se ha dicho anteriormente, es una herramienta ciudadana no sólo reparadora de derechos y bienes lesionados, sino también preventiva de daños. Es por ello que, al decir de Torres Traba, se torna necesario contar con un juez no sólo sancionador sino preventor, anticipándose en el dictado de medidas que eviten lesiones graves a derechos. Ante una situación de riesgo o peligro el juez debe evitar con el mayor grado de probabilidad tal resultado y atenuar las consecuencias del evento si es que el daño llega a concretarse.

4. Reflexiones finales

A raíz de las facultades y potestades conferidas al juez en la normativa específica, que de manera dispersa regula algunos aspectos de los procesos colectivos, las facultades —deberes asumidos por el Poder Judicial en las acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la propia jurisprudencia—

¹¹ TORRES TRABA, JOSÉ MARÍA, "El rol del juez y del abogado...", en SALGADO, JOSÉ MARÍA (director), *Procesos colectivos y acciones de clase*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2014, pp. 23-82.

dencia—, podemos decir que existe un alto grado de concentración de poder en la figura del juez. Su actuación importa una actividad extraordinaria, en función de la naturaleza jurídica del bien objeto de tutela. Como se expuso *ut supra*, el magistrado puede intervenir flexibilizando los límites del principio de congruencia, actuando como defensor del bien objeto de tutela, incluso por encima de la voluntad de las partes, ordenando pruebas, desestimando un pedido de homologación, entre otras.

A diferencia del proceso judicial clásico, las potestades del juez en los procesos colectivos son amplias, y por ello, se exige del magistrado una conducta prudente, equilibrada, legítima y oportuna. Para evitar que la actuación jurisdiccional se torne excesivamente discrecional, será necesario que se sortee el principal obstáculo e inconveniente que presentan los procesos colectivos en la República Argentina, que es la falta de una regulación normativa integral, para la protección, cumplimiento y vigencia de los derechos de los derechos de incidencia colectiva en general.



LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN EL CONTEXTO DE LA INSTITUCIONALIDAD REPUBLICANA EN ARGENTINA

*Hernán Bonadeo**

Resumen: El presente informe expone de forma sintética la división de poderes, los decretos de necesidad y urgencia, para finalmente analizar, a través de la recopilación y procesamiento de datos, el impacto cualitativo y cuantitativo que supuso en el esquema republicano de nuestro país, la inclusión de los mencionados decretos. La finalidad e importancia de este trabajo reside en brindar una herramienta adicional de análisis acerca de la mencionada cuestión y describir en qué medida se vio afectado el esquema de división de poderes en la Argentina.

Palabras clave: división de poderes - decretos de necesidad y urgencia - decisionismo.

El esquema republicano y la división de poderes

El poder del Estado republicano, como bien se sabe, se ejerce de forma dividida en tres funciones básicas (o sub-poderes), la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial; los redactores de nuestra Carta Magna de 1853, tomando como modelo la Constitución de los Estados Unidos (1776) y basándose en este principio de la división de poderes lo plasmaron en el texto legal a partir del cual se constituyó nuestra República.

Uno de los principales exponentes de la idea política de los balances y contra-pesos en los poderes estatales, fue Charles Louis de Secondat¹. Este autor, en su famoso tratado político titulado *El Espíritu de las Leyes* (1748), defiende que en el Estado debe existir y sostenerse la división de poderes, como una garantía contra el abuso de la autoridad. Según su postura, las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial no deben reunirse en una sola persona o institución, pues si permanecen separadas actúan como frenos y contrapesos, unas de otras, constituyendo así un escudo contra la tiranía y se propicia la correcta distribución del poder estatal.

Sobre los decretos de necesidad y urgencia

Los decretos de necesidad y urgencia (en adelante designados como “DNU”) son un instituto previsto en el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, que facultan al Presidente de la Nación, en circunstancias excepcionales y que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, a dictar *disposiciones de carácter legislativo* por razones de necesidad y urgencia. Esto se traduce en una expresa delegación legislativa en manos del Poder Ejecu-

* Pertenencia Institucional: Universidad Nacional De Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Nivel académico: Estudiante de Grado. Ocupación: Estudiante. Dirección de e-mail: hernanbonadeo@gmail.com.

¹ Francia; 1689-1755. También conocido como Barón de Montesquieu.

tivo, es decir se lo faculta en circunstancias especiales y bajo ciertos requisitos a dictar decretos que funcionarán como verdaderas leyes.

En relación a los requisitos de “necesidad y urgencia”, el autor Juan Carlos Cassagne² señala que dichas razones deben presentarse de la siguiente manera para ser válidas:

1) *Una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado o de grave riesgo social, en tal sentido, la emisión del acto ha de ser inevitable e imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, sino imposible, reparación ulterior.*

2) *Una proporción adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento.*

3) *La premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios*³.

Además de estas limitaciones formales, se encuentran las de tipo material. Las mismas están detalladas en el artículo en cuestión impidiendo que las medidas legislativas del Poder Ejecutivo versen sobre “*materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos*”.

Finalmente en lo que respecta al control de este tipo de medidas está previsto un sistema de doble control: el legislativo y el judicial. El control legislativo se da por el sometimiento de los DNU al análisis de la Comisión Bicameral Permanente y su posterior tratamiento por cada una de las Cámaras del Congreso, control que empezó a tener vigencia a partir de la sanción de la ley 26.122 en julio de 2006. Por su parte el control judicial, al igual que en todo acto administrativo y toda ley, se equipara al control de constitucionalidad que en nuestro sistema político ejerce el Poder Judicial.

Decretos de necesidad y urgencia y su impacto en la división de poderes

La tarea desarrollada por el autor consistió en la recopilación de todos los DNU dictados durante el período de septiembre de 1994 a marzo de 2015, para luego cotejar estos datos con el número de leyes promulgadas, teniendo en cuenta la composición partidaria del Congreso durante cada mandato presidencial. Al mismo tiempo, se elaboró una clasificación en cinco materias (Política social, Reforma del Estado, Economía, Fiscal y Medios) con el objetivo de clarificar en qué esferas se destacó más este instituto. En base a dicha labor se obtuvieron los siguientes resultados⁴:

- El total de DNU dictados fueron 604, frente a 2659 leyes promulgadas.
- De los 6 presidentes que utilizaron esta medida, sólo 3 (Menem, Kirchner y Fernández de Kirchner) cumplieron el mandato constitucional de 4 años y, a su vez, contaron con mayorías parlamentarias en ambas Cámaras durante su gestión.

² Argentina, 1937. Especialista en Derecho administrativo.

³ CASSAGNE, J. C., “Sobre la reserva de ley y los reglamentos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 61-68.

⁴ Todos estos resultados están a disposición del lector y pueden ser corroborados mediante los Anexos confeccionados por el autor, en los cuales se citan las fuentes respectivas.

- En relación a las materias legisladas por los diversos presidentes la distribución de los DNU es la siguiente: Economía (333), Política social (180), Reforma del Estado (50), Fiscal (29) y Medios (12).

De los datos expuestos surge claramente que la delegación legislativa en el Presidente es una figura marcada en la democracia argentina de los últimos 20 años. Esto se comprueba fácilmente al observar que frente a unas 2600 leyes promulgadas, se han dictado en simultáneo unos 600 DNU, es decir que a razón de cada 100 leyes que se promulgaron, se dictaron aproximadamente unos 23 DNU.

Como consecuencia de la mencionada delegación legislativa se profundizó un “decisionismo”, plasmado en el uso discrecional y excesivo de los DNU, por parte del Poder Ejecutivo. Los DNU se volvieron así la herramienta ideal para que los diversos Presidentes ejercieran atribuciones reservadas al Poder Legislativo, aún cuando las circunstancias de necesidad y urgencia no fuesen suficientes, o el procedimiento para la sanción de leyes no era inevitable.

En relación a las materias objeto de los diversos DNU, se muestra una marcada emisión legislativa de los Presidentes en la Economía y Política Social, arrogándose así la resolución de estas problemáticas, sin tomar en cuenta las diversas opiniones y sectores que se ven representados en el debate político previsto para toda ley promulgada por el Congreso.

Finalmente cabe destacar que el uso indiscriminado de los DNU, desnaturalizó el fin primordial de los mismos, convirtiéndolos en una herramienta de concentración de poder en la figura del Presidente y resultando en un marcado quiebre de la división de poderes consagrada por nuestra Constitución. Quedará a criterio del lector si es de conveniencia para nuestra Nación mantener un modelo de marcada tendencia presidencialista, u optar por reforzar los mecanismos republicanos para la división de poderes.



LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA EN TIEMPOS DEL PRIMER PERONISMO (1943- 1955). TENSIONES, PROGRAMAS Y TEXTOS

*María Susana Giollo**

Introducción

El objetivo general de este trabajo de investigación consistió en analizar el impacto de las reformas sociales y laborales del primer peronismo (1943-1955), en la enseñanza de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

En cuanto a los objetivos específicos planteados, investigamos la repercusión (adhesión, refracción o rechazo) de los cambios jurídicos del peronismo, referidos a sus reformas laborales y sociales, en la enseñanza universitaria cordobesa.

De los textos y fuentes consultados, expusimos la posición política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC en el período analizado, y su manifestación en la cátedra de Derecho del Trabajo, y analizamos las reformas de los planes de estudios como consecuencia de las transformaciones que se sucedieron. Profundizamos en los programas de la asignatura, sus contenidos, la modalidad de enseñanza indicada para los estudiantes, como así también en el perfil biográfico-intelectual de los profesores que estuvieron a cargo del dictado de la misma.

En consecuencia, podemos decir que examinamos el funcionamiento institucional de la Facultad en el periodo 1943-1955, estableciendo cuáles fueron las repercusiones de la llegada de Perón al gobierno en los programas y la titularidad de la cátedra de Derecho del Trabajo.

La metodología utilizada, además de una primera etapa de búsqueda y lectura bibliográfica, incluyó la consulta de fuentes en el Archivo Histórico “Victorino Rodríguez” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, orientada por el director del proyecto. De sus fondos documentales expusimos la notable influencia que el peronismo tuvo en el dictado de la materia en cuestión, y analizamos los tres programas hallados: programa de “Derecho del Trabajo” de 1947-1952 del Dr. Narciso Rey Nores, perteneciente al tercer año de la Escuela de Abogacía; el de “Derecho del Trabajo y Previsión Social” de 1952 del mismo titular; y el programa de “Derecho del Trabajo y Previsión Social” de 1952, del profesor

* Estudiante de sexto año de Abogacía (FD, UNC). Becaria de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (2014-2015). Director de investigación: Dr. Esteban F. Llamosas. Ayudante Alumna en la cátedra B de Historia del Derecho Argentino en 2014 y 2015. Correo electrónico: marisug23@hotmail.com.

encargado Dr. José Isidro Somaré, perteneciente al tercer año de la Escuela de Notariado y Procuración.

Además realizamos una entrevista personal a quien fuera alumno de la época, el Dr. Luis Moisset de Espanés, que nos aportó datos concretos de la visión y experiencia desde su lugar como estudiante universitario¹.

Por último, realizamos la selección e interpretación de la información recabada, la contextualización de las obras y autores citados, la redacción del trabajo de investigación y de las conclusiones.

La Universidad Nacional y el peronismo

El presidente Perón desarrolló diferentes políticas para las universidades en sus dos primeros gobiernos (1946–1955), y de esta manera, propuso a través de las modificaciones en la legislación vigente, una nueva relación entre Universidad, Sociedad y Estado. Estos relevantes factores de cambio tuvieron eco en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba².

La Universidad, a partir de la legislación del primer peronismo, incorporó la investigación como una de sus funciones esenciales articulando la producción y distribución del conocimiento. La ley 13.031 reemplazó a la única normativa existente en la Argentina en materia de educación superior, la ley 1597 de 1885, conocida como Ley Avellaneda. Entre los aspectos más novedosos que introdujo esta nueva ley, podemos mencionar³: a) Definió los objetivos y función de la Universidad (arts. 1º y 2º). Se destaca la formación de ciudadanos comprometidos, la necesidad de dirigir la formación científica en función del desarrollo local, y el ejercicio de las profesiones liberales de acuerdo a las necesidades de la Nación. b) En su artículo primero afirmó: “Las universidades tienen a su cargo la enseñanza en el grado superior, la formación de la juventud para la vida, para el cultivo de las ciencias y para el ejercicio de las profesiones liberales, debiendo actuar con sentido social en la difusión de la cultura para el prestigio y engrandecimiento de la Nación. Cuenta para ello con la autonomía técnica, docente y científica que se les confiere por la presente ley y con el pleno ejercicio de su personalidad jurídica”.

En 1954, la ley 14.297 nació como producto de la reforma constitucional de 1949 y de los intentos de uniformar la formación cultural del país. Esta reforma introdujo un nuevo concepto de Estado, ahora entendido como interventor de la economía, ya que se establecen la función social de la riqueza, las nociones de sujeto desde el derecho social y de la soberanía concebida como indelegable de la nación. Es decir que en el modelo de desarrollo nacional que trazaba Perón, la educación ocupaba un lugar central, tratando de lograr la vinculación de esta institución con el resto de las políticas públicas. El peronismo entendía la Universidad como institución histórica, que cumplía un rol social fundamental en el marco de un proyecto de país que debía apuntar cada vez más al desarrollo científico-tecnológico. Se buscaba una redefinición del sentido histórico de la Universidad.

¹ Entrevista realizada al Dr. Luis Moisset de Espanés, el 18 de junio de 2015, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba.

² FLORIA, CARLOS A. - GARCÍA BELSUNCE, CÉSAR, *Historia de los Argentinos*, Ediciones Larousse, Buenos Aires, 2004, pp. 913-914.

³ DÉRCOLI, JULIÁN ANDRÉS, *La Política Universitaria del Primer Peronismo*, 1ª ed., Punto de Encuentro, Buenos Aires, 2014, p. 63.

La Cátedra del Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba bajo el primer gobierno peronista

La materia “Derecho del Trabajo” comenzó a dictarse en 1907. Entre 1906 y 1999 encontramos que varios profesores se desempeñaron como titulares o encargados de la cátedra. Respecto a las diversas ideologías de la época que se plasmaron en los programas de la materia, en general, el pensamiento político justicialista del período 1946–1955, ejerció una influencia sumamente importante⁴.

Así encontramos, por ejemplo, que en el programa del año 1947 de la Facultad de Derecho, por primera vez se incluyeron el derecho penal del trabajo, las diversas modalidades del contrato de trabajo, la jornada laboral, el trabajo de mujeres y menores, los gremios, y todo lo referente a la previsión social. De esta manera, apreciamos que en el periodo se mostró una gran preocupación por el tratamiento del trabajo, como una cuestión que afectó no sólo a lo jurídico, sino también a la totalidad de la vida de la persona, su familia y su comunidad. En ese año, esta rama del derecho se estudiaba vinculada con otras ciencias sociales, como la filosofía, la historia, y aún con las ciencias médicas.

Hacia 1954 el contenido del programa se hizo más estrictamente jurídico-político, y en consecuencia, se reemplazó el anterior por un conjunto de cuestiones también referidas a la acción del gobierno y el Partido Justicialista en este ámbito. En casi todas sus bolillas hay temas dedicados a estudiar y resaltar la acción justicialista en las distintas áreas jurídicas. Encontramos referencias al Segundo Plan Quinquenal; a los principios sociales justicialistas; a la reforma constitucional de 1949 y sus beneficios; la acción justicialista en materia de accidentes, enfermedades de trabajo y salarios; la creación de universidades obreras; derecho sindical; conflictos de trabajo; materia de previsión social; derecho procesal y administrativo del trabajo; e internacional laboral⁵.

En el programa de “Derecho del Trabajo” de 1947-1952⁶, dicha materia se encontraba comprendida dentro del tercer año de la Escuela de Abogacía, cuyo profesor titular era el Dr. Narciso Rey Nores. De su contenido, nos parece importante destacar como se ve reflejado el impacto del denominado constitucionalismo social plasmado en la reforma constitucional de 1949.

Por ejemplo, una de sus bolillas contiene la importancia de la higiene y seguridad del trabajo, así como todo lo referido a los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Dicho tratamiento evidencia otro de los tópicos de las políticas nacionales del período en la protección del trabajador, reflejada en una nota del profesor Rey Nores, de 16 de septiembre de 1952⁷, dirigida al Vice-decano Dr. Víctor Metzadour. En la misma se solicita autorización para realizar un viaje de estudio con los alumnos del curso de Derecho del Trabajo y Previsión Social de la Escuela de Abogacía, a la Fábrica Militar de Cartuchos “S.F.” y

⁴ MILONE, MARCELO LUIS, “Análisis de los Programas de la Asignatura Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, en *Perspectivas y Desafíos de la Historia del Derecho Argentino*, ASPELL, MARCELA - LLAMOSAS, ESTEBAN F. - YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO, Advocatus, Córdoba, 2010.

⁵ MILONE, MARCELO LUIS, ob. cit., p. 335.

⁶ Archivo Histórico “Dr. Victorino Rodríguez” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC (en adelante AHVR), tomo 104494 —1943/1947— Facultad de Derecho, Abogacía. Programa de Derecho del Trabajo, Escuela de Abogacía.

⁷ AHVR, *Notas de Profesores, 1949-1951*, tomo 100357.

Establecimiento Tampieri de San Francisco. La visita fue autorizada y tuvo por objetivo didáctico que los alumnos pudieran observar las condiciones de trabajo, salubridad e higiene, completando de esta manera la enseñanza teórica que recibían en las aulas.

Asimismo, otra de las bolillas incluye la asociación profesional, el derecho de asociarse, sindicatos y conflictos colectivos. En relación al dictado de las clases teóricas y prácticas de la materia, encontramos una nota del profesor Narciso Rey Nores, acompañado por el profesor asistente Dr. José I. Somaré, elevada al Decano, Dr. Lisandro Novillo Saravia⁸, donde se señala que como consecuencia de los diferentes viajes de estudio realizados a la Colonia Hospital Psiquiátrico de Oliva, la Fábrica de Glucosa de Río Segundo y la Fábrica de Munición de Artillería de Río Tercero, se sugiere la conveniencia del empleo de estas prácticas como complemento de la enseñanza.

Otra nota de fecha 12 de diciembre de 1951⁹, del Dr. Rey Nores también dirigida al Decano, complementa la anterior, ya que señala una actividad prolongada a realizar desde enero de 1952 hasta mayo de 1953, consistente en visitas guiadas a diferentes fábricas del interior de Córdoba, una visita a la delegación local del Ministerio de Trabajo y Previsión Social y a los Tribunales de Trabajo, y conferencias sobre sindicalismo en fábricas, sindicatos y centros culturales del interior.

Otra de las bolillas hace mención a las Clínicas del Trabajo, la reeducación profesional y los distintos institutos relacionados a las mismas. Al respecto, con fecha 19 de mayo de 1949 se eleva una nota al Decano y al Consejo Directivo, con un proyecto de creación de un Consultorio Jurídico Gratuito para los trabajadores, el que funcionaría como parte integrante del Instituto del Trabajo: “Es misión de la Universidad actuar con sentido social en la difusión de la cultura ya sea en forma teórica o práctica, y en consecuencia, la extensión universitaria... debe manifestarse también concretamente en la asistencia que los trabajadores demanden... En el campo del derecho la asistencia debe constituir tan siquiera en el consejo sobre la actividad que le conviene asumir a un trabajador en conflicto con su empleador... El Instituto del Trabajo sale de esta manera en busca del pueblo que se pone en contacto con él, conocer sus problemas y proponer, dentro de lo posible, sus soluciones¹⁰.”

En 1952 este programa fue reformulado bajo el título “Derecho del Trabajo y Previsión Social”, correspondiente también al tercer año de la Escuela de Abogacía, continuando como profesor titular el Dr. Narciso Rey Nores¹¹; y en el tercer año de la Escuela de Notariado y Procuración, el Dr. José Isidro Somaré figuraba como profesor encargado del programa y la cátedra de “Derecho del Trabajo y Previsión Social”¹². En ambos, podemos apreciar que se siguen los mismos lineamientos protectorios del trabajador del programa citado anteriormente, incluyendo otros temas que amplían sus principios.



⁸ AHVR. *Notas de Profesores*, 1944-1948, tomo 100314.

⁹ AHVR. *Notas de Profesores*, 1949-1951, tomo 100357.

¹⁰ AHVR, *Notas de Profesores*, 1949-1951, tomo 100357.

¹¹ AHVR, tomo 104493 —1949/1952—, Facultad de Derecho, Abogacía. Programa de Derecho del Trabajo y Previsión Social, Escuela de A-bogacía.

¹² AHVR, tomo 100468 —1949/1952—, Facultad de Derecho, Notariado y Procuración. Programa de Derecho del Trabajo y Previsión Social, Escuela de Notariado y Procuración.

MEDIDAS JURÍDICAS ADOPTADAS FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL CONTINENTE ANTÁRTICO

*Viviana Trinidad Paredes**

Resumen: La Antártida es una región de suma importancia no sólo para nuestro país, sino para todo el mundo, teniendo en cuenta su valiosa cantidad de recursos tanto vivos como no vivos, además de su carácter de fuente esencial de agua dulce. Cualquier cambio o alteración que allí se produzca, afecta de manera vital a todo nuestro planeta. Es por ello que en la presente investigación he focalizado mi atención en el cambio climático y las medidas jurídicas que se han tomado a lo largo de los años (específicamente desde la fecha de entrada en vigor del Protocolo de Madrid, es decir 14/01/1998) para combatirlo y preservar los recursos de una zona tan importante para la humanidad como lo es el continente Antártico. Actualmente, se hace imperativo enfrentar y prevenir los efectos del cambio climático, no sólo en la Antártida, sino en todo el mundo.

Palabras clave: Antártida - cambio climático - medidas jurídicas.

La Antártida es una región de suma importancia no sólo para nuestro país, teniendo en cuenta su presencia permanente hace 116 años¹, sino para todo el mundo, por su valiosa cantidad de recursos vivos y no vivos, además de su carácter de fuente esencial de agua dulce: cuenta con el 80% de las reservas a nivel mundial². Cualquier cambio o alteración que allí se produzca, afecta de manera vital a todo nuestro planeta. El principal valor a conservar en la Antártida es su carácter de fuente única de información prácticamente libre de contaminación u otros efectos humanos, para las ciencias geofísicas, geológicas y biológicas, útiles para la humanidad³.

Es por estos motivos brevemente reseñados que en mi investigación he focalizado mi atención en el cambio climático y las medidas jurídicas que se han tomado a lo largo de los años para combatirlo y preservar los recursos de una zona tan importante para la humanidad como lo es el continente Antártico. Actualmente, se hace imperativo enfrentar y prevenir los efectos del cambio climático, no sólo en la Antártida, sino en todo el mundo. Se trata de una temática transversal que no podemos ignorar, tanto los ciudadanos como los gobiernos.

La Antártida es una reserva natural destinada a ser utilizada exclusivamente con fines pacíficos: así está previsto en el Preámbulo y en el art. 1° del

* Abogada (FDyCS, UNC). Ex becaria de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (período 2014-2015). Proyecto desarrollado en el marco de las Becas de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, para el período 2014-2015. Dirigido por la Mgter. Ma. Alejandra Sticca. Ha realizado ayudantía en la cátedra C de Derecho Internacional Público. Correo electrónico: trinidadparedes@hotmail.com.ar.

¹ <http://www.caserosada.gob.ar/informacion/actividad-oficial/9-noticias/35577-se-cumplen-112-anos-de-permanencia-ininterrumpida-de-la-argentina-en-la-antartida>.

² BARGAGLI, ROBERTO, *Antarctic Ecosystems: Environmental Contamination, Climate Change, and Human Impact*, Ed. Springer, Siena, 2006, p. 1. Disponible en Google Books.

³ <http://www.dna.gov.ar/DIVULGAC/PROTAMB.HTM>.

*Tratado Antártico*⁴. Los países reconocen que es en interés de toda la humanidad que la Antártida continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional, buscando promover de este modo los propósitos y principios enunciados en la Carta de Naciones Unidas. El Sistema Antártico se compone, además del Tratado Antártico mencionado, por la *Convención para la Conservación de Focas Antártica*⁵, la *Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos*⁶ y el *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (o Protocolo de Madrid)*.

Además de este Sistema, como convención marco debe tenerse en consideración la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (en adelante CMNUCC), tratado internacional ambiental en vigor desde 1994. Según los Principios de tal Convención, los países Partes deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos⁷. Esta Convención reviste gran importancia, al ser un compromiso de todos los Estados Partes (que a la fecha son 195⁸) por “impedir la interferencia peligrosa del ser humano en el sistema climático”. Es claro que la Antártida, al ser parte integrante del globo, se ve alcanzada por las disposiciones de esta Convención Marco, debiendo tenerse en cuenta este espacio en su aplicación. En virtud de esta normativa, la Argentina ha presentado tres comunicaciones nacionales. La primera (de 1997) no menciona a la Antártida; en la segunda (2007) se la menciona como objeto de una medida asumida por el país: la adopción de la Resolución 512/2006 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Esta resolución creó la denominada “*Comisión para el Estudio del Cambio Climático en la Antártida e Islas del Atlántico Sur*”, que, si bien parece ser una Comisión muy útil en la lucha contra el cambio climático, sobre ella no encontré nada más que la resolución mencionada que la crea. En esta misma comunicación, se señala la vulnerabilidad de la Antártida ante el cambio climático, de modo *descriptivo*, sin asumir ningún compromiso en el área. En la tercera Comunicación (2015)⁹ se incluye al continente antártico como parte integrante del territorio de la República Argentina, por lo que debe considerarse asimismo incluido en todo lo desarrollado en los textos en cuanto a las emisiones de GEI. De esta Comunicación destaco un párrafo que,

⁴ Washington, 1959. Actualmente cuenta con cincuenta miembros. Aprobado por la República Argentina por ley 15.802, publicada por el *Boletín Oficial* (B.O.) del 16/05/1961.

⁵ Adoptada por la Conferencia sobre la Conservación de Focas Antárticas reunida en Londres (Inglaterra) entre los días 3 y 11 de febrero de 1972. Fue ratificada por la República Argentina mediante ley 21.676, del 31/10/1977, y se encuentra en vigor desde 1978.

⁶ En Camberra (Australia) se suscribió, acuerdo internacional adoptado en la Conferencia sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos durante el 7-20 de mayo de 1980. Fue ratificada por la República Argentina mediante ley 22.584, publicada por el B.O. del 14/05/1982. Entró en vigor en 1982.

⁷ “*Cambio climático*”: cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables. “*Efectos adversos del cambio climático*”: cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos (Según la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*).

⁸ http://unfccc.int/files/essential_background/convention/status_of_ratification/application/pdf/unfccc_conv_rat.pdf.

⁹ Disponible en <http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/ProyTerceraCNCC/file/Primer%20BUR%20ARGENTINA.pdf>.

a mi entender, deja claro que el cambio climático no es un tema ajeno a nuestro país, y por lo tanto tampoco lo es en relación a la Antártida: “En la Argentina se han observado cambios en el clima desde la segunda mitad del siglo pasado que, según las proyecciones de los modelos climáticos, en general se intensificarían o no se revertirían en este siglo. Estos cambios han causado impactos sobre los sistemas naturales y humanos”.

En la última *Conferencia de las Partes* de la CMNUCC (en adelante COP) de 2015 (París), se ha aprobado un histórico acuerdo contra el cambio climático: un texto *jurídicamente vinculante*, que por primera vez reúne el compromiso mundial por “mantener el aumento de las temperaturas por debajo de los 2 grados con respecto a los niveles preindustriales y perseguir los esfuerzos para limitar el aumento a 1,5 grados.” Este Acuerdo de París¹⁰ es un gran paso en la lucha contra el cambio climático, aunque no es la última instancia. Cabe destacar que el gobierno nacional ha confirmado su intención de ratificar el Acuerdo en el corriente año 2016, comprometiéndose así a reducir las emisiones de GEI hasta el año 2030¹¹.

Por otro lado, el Protocolo de Madrid estableció el *Comité para la Protección del Medio Ambiente* (en adelante CPA) como grupo de expertos para proveer asesoramiento y formular recomendaciones a la *Reunión Consultiva del Tratado Antártico* (en adelante, RCTA) sobre la implementación del Protocolo. El CPA se reúne todos los años en ocasión de la RCTA¹², pero de ser necesario puede reunirse en otros momentos para llevar a cabo sus funciones. Por su parte, la RCTA se reúne anualmente, adoptando medidas (vinculantes), decisiones y resoluciones (no vinculantes) sobre la Antártida. Nuestro país, por ser parte consultiva, tiene derecho a voz y voto dentro de la RCTA.

Podemos observar de la lectura de los Informes y Actas de la RCTA (disponibles en el sitio web de la Secretaría del Tratado Antártico¹³) cómo desde la primera hasta la última celebrada en 2014, los países se han preocupado por preservar el medio ambiente antártico, buscando proteger las especies autóctonas y evitar el avance de los efectos del cambio climático. Dentro de las medidas vigentes (que, como ya se mencionó, son jurídicamente vinculantes para los Estados luego de su aprobación), destaco la Medida 1 (2005) que contiene un Anexo sobre responsabilidad emanada de emergencias ambientales (que se constituirá como el Anexo VI del Protocolo Medioambiental). Mayormente se han dictado decisiones y resoluciones de carácter recomendatorio más que textos vinculantes relativos a la protección medioambiental. En mi opinión, ello debería ser reconsiderado por las Partes, máxime teniendo en cuenta los efectos que la degradación del ambiente está produciendo en la Antártida. Con ello en miras, los compromisos de los Estados deberían verse aumentados.

En otro punto de mi investigación he analizado la *Evaluación de Impacto Ambiental* (en adelante EIA), proceso requerido por el art. 8° del Protocolo de Madrid y que tiene como objetivo final brindar a los decisores información que les permita conocer las consecuencias ambientales de la actividad propuesta.

¹⁰ Disponible en <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf>.

¹¹ Fuente: <http://www.lanacion.com.ar/1869936-la-argentina-firmara-el-acuerdo-contr-el-cambio-climatico-en-abril>. Fecha de consulta: 27/02/2016.

¹² <http://www.ats.aq/s/ep.htm>.

¹³ Sitio web de la Secretaría del Tratado Antártico: <http://www.ats.aq>.

Los procedimientos para evaluar el impacto ambiental se detallan en el Anexo I al Protocolo. Las EIA revisten una gran importancia como un instrumento interdisciplinario de gestión ambiental, para la toma de decisiones frente a las actividades humanas que potencialmente pueden producir modificaciones desvaliosas en el medio ambiente. En esta herramienta encontramos plena aplicación de uno de los principios esenciales del Derecho Internacional del Medio ambiente: el Principio de Prevención, privilegiando la acción preventiva por sobre la acción reparadora. El deterioro del medio ambiente es irreversible en la mayoría de los casos y, por ello, indemnizar no es suficiente. Así, la prevención aparece como una estrategia de supervivencia. Es necesario tomar primero las medidas protectoras para evitar la consumación no reparable de los daños.

Por último, mi investigación también ha analizado la Política Antártica Argentina. El decreto¹⁴ que la estableció, define objetivo, políticas, prioridades, bases y presencia geográfica. Animados por el objetivo general, fueron puntualizados el fortalecimiento del Tratado Antártico y el logro de una mayor capacidad para influir en su proceso de toma de decisiones. Las políticas del decreto se ven reflejadas en el *Plan Anual Antártico* (en adelante PAA)¹⁵, confeccionado por la *Dirección Nacional del Antártico* (en adelante DNA)¹⁶, organismo dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (el cual aprueba el plan). El PAA se realiza desde 1970. A lo largo de los años y en esencia, los planes no se han modificado tanto. Se ha incluido en los más recientes un capítulo aparte y detallado sobre las medidas aplicables en relación a la gestión del Medio Ambiente Antártico, pero me parece que debería aumentar la extensión de las medidas año tras año, considerando que el cambio climático no está retrocediendo y la Antártida es una de las áreas más importantes a proteger en nuestro mundo. En los planes se consideran mayormente los proyectos científicos, lo cual no está mal, pero hay demasiado énfasis en la ciencia y poca atención a las iniciativas medioambientales¹⁷. Por otro lado, énfasis en que siempre debemos tener en cuenta la necesidad de tomar conciencia sobre la importancia del cambio climático en todo el mundo. Son claras al respecto las palabras de Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas, en ocasión de recibir el Nobel de la Paz en 2001: "(...) *Pequeñas modificaciones pueden ocasionar grandes cambios. Entonces se dice: si una mariposa en Hong Kong bate sus alas, puede provocar una tempestad en Nueva York*". En la última Reunión de Consulta del Tratado Antártico, Argentina enfatizó la importancia de centrar los debates en los efectos o consecuencias del cambio climático en la Antártida, considerando que este problema surgía de las actividades que se realizaban en *otros* lugares¹⁸. Y al revés: una acción en la Antártida puede repercutir en cualquier otro punto del mundo. Es por ello que creo que es

¹⁴ Decreto 2316 del Poder Ejecutivo Nacional, del año 1990.

¹⁵ Los planes consultados se encuentran disponibles en el sitio web de la DNA: www.dna.gov.ar.

¹⁶ Art. 14, b), punto 3, ley 18.513: "Antártida. Bases jurídicas, orgánicas y funcionales" (sanción 31/12/1969; promulgación 31/12/1969; publicación en el B.O. 09/03/1970). Textualmente: "3. *Reunir, analizar, compatibilizar y coordinar los requerimientos de todos los organismos ejecutores de la actividad antártica y redactar el proyecto del Plan Anual Antártico que elevará junto con el cálculo de recursos correspondientes a la aprobación del ministro de Defensa*".

¹⁷ FRENCH, DUNCAN - SCOTT, KAREN, "International Legal Implications of Climate Change for the Polar Regions: Too much, too little, too late?", en *Melbourne Journal of International Law*, 10 (2), p. 633.

¹⁸ Punto 106 del Informe Final de la RCTA XXXVII (Brasilia, Brasil). Disponible en http://www.ats.aq/documents/ATCM37/fr/ATCM37_fr001_s.pdf.

necesario profundizar estas directrices sobre la gestión medioambiental que se incluyen en los PAA.

Conclusiones

Habiendo sido explicada la importancia de la Antártida para toda la Humanidad, en su carácter de mayor fuente de agua dulce del mundo y con relación a su rol en la regulación de la temperatura, en esta investigación se ha buscado detallar el marco jurídico que pretende proteger al continente Antártico de los efectos nocivos del cambio climático, poniendo énfasis en el caso de la República Argentina en tanto que Estado con presencia permanente en el mismo.

Es así que la Argentina ha presentado tres comunicaciones nacionales en el marco de la CMNUCC, y en ellas se ha incluido a la Antártida como parte del país, por lo que todas las disposiciones de la mayor Convención existente en la lucha contra el cambio climático, le son plenamente aplicables.

Por otro lado, se ha detallado que del análisis de la RCTA y del CPA, se pudo ver que se han tomado muchas decisiones, resoluciones y medidas en referencia a la protección medioambiental antártica. Creo que es muy positivo que el Tratado tenga tanta actividad normativa en pos de la protección del medio ambiente en la Antártida, aunque también considero que deberían tomarse más medidas vinculantes, ya que la mayoría han sido de tipo recominatorio.

También es importante considerar la actividad que se ha venido realizando a nivel nacional en cuanto a la Política Antártica Argentina. Los Planes Antárticos han sido presentados anualmente, pero en ellos se ha hecho principal énfasis en las expediciones científicas y no en las medidas de protección medioambiental. Considero que en los futuros planes debería dársele mayor importancia a este asunto, teniendo en consideración que el cambio climático no parece estar retrocediendo. Lo que, es más: en los últimos meses de mi investigación, me he encontrado con mayor frecuencia con noticias en distintos medios periodísticos sobre el avance del cambio climático sobre la Antártida¹⁹. Actualmente, el agujero de ozono sobre el continente es el cuarto más grande de la historia²⁰. En este contexto de degradación medioambiental en una zona cuya importancia para el mundo entero ya ha sido señalada, debemos asumir nuestra responsabilidad. Es esencial para la protección del ambiente tanto el accionar del Estado como de los ciudadanos. En mi opinión, los gobiernos deben prestar una mayor atención y dirigir sus esfuerzos hacia la adopción de normativa orientada a una mayor protección; mientras que los ciudadanos debemos cuidar nuestro accionar diario, siempre pensando en el mundo que dejamos a las futuras generaciones. Concluyo en que es necesario honrar nuestra "tradición antártica", enfrentando los desafíos de este siglo, con respuestas concretas y reales. Es necesario que se asuman compromisos desde todos los sectores de la sociedad, para proteger el ambiente de sectores tan esenciales para el mundo como lo es el continente Antártico.

¹⁹ Entre otros: <http://www.antartidaurbana.com/la-antartida-es-cada-vez-mas-sensible-a-los-cambios-en-el-clima>. Fecha de consulta: 27/02/2016.

²⁰ Fuente: <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/el-agujero-en-la-capa-de-ozono-en-la-antartida-llego-niveles-record-en-diciembre>. Fecha de consulta: 27/02/2016.

Bibliografía

ABELE, DORIS- BARNES, DAVID - LAGGER, CRISTIAN - MOMO, FERNANDO - MONIEN, PATRICK - SAHADE, RICARDO - SCHLOSS, IRENE - SERVETTO, NATALIA - TARANTELLI, SOLEDAD - TATIÁN, MARCOS - TORRE, LUCIANA - ZAMBONI, NADIA, "Climate change and glacier retreat drive shifts in an Antarctic benthic ecosystem", en *Science Advances*, Vol. 1, Nº 10, 13/11/2015.

BARGAGLI, ROBERTO, *Antarctic Ecosystems: Environmental Contamination, Climate Change, and Human Impact*, Ed. Springer, Siena, 2006.

BATES, REBECCA, "Touring the Antarctic: Transforming Environmental Governance in the Southern Latitude", en *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, Vol. 14, 2011.

BERKMAN, PAUL ARTHUR, "Antarctic Treaty Summit: Science-Policy Interactions in International Governance", en ALFREDSSON - KOIVUROVA - LEARY, *Yearbook of International Law*, 2009, pp. 511-525.

COLACRAI, MYRIAM, "La Política Antártica Argentina y su compromiso con el Tratado Antártico", en *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, 2012, pp. 267-276.

DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, pp. 557-564.

DUYCK, SEBASTIEN, "Drawing Lessons for Arctic Governance from the Antarctic Treaty System", en GUDMUNDUR, ALFREDSSON - KOIVUROVA, TIMO - HOSSAIN, KAMRUL, *The Yearbook of Polar Law*, Vol. 3, Brill Editions, Leiden, 2011.

FRENCH, DUNCAN - SCOTT, KAREN, "International Legal Implications of Climate Change for the Polar Regions: Too much, too little, too late?", en *Melbourne Journal of International Law*, 10 (2), pp. 631-654.

MORALES LAMBERTI, ALICIA - NOVAK, ALDO, *Instituciones de Derecho Ambiental*, Ed. Lerner, Córdoba, 2005.

ORREGO VICUÑA, FRANCISCO, *La Antártida y sus recursos (problemas científicos - jurídicos y políticos)*, Santiago de Chile, 1983.

— *Derecho Internacional de la Antártida*, Santiago de Chile, 1994.

PROSS, JORG - CONTRERAS, LINETH - BIJIL, PETER K. - GREENWOOD, DAVID R. - BOHATY, STEVEN M. - SCHOUTEN, STEFAN - BENDLE, JAMES A. - ROHL, URSULA - TAUXE, LISA - RAINE, J. IAN - HUCK, CLAIRE E. - VAN DE FLIERDT, TINA - JAMIESON, STEWART S. R. - STICKLEY, CATHERINE E. - VAN DE SCHOOTBRUGGE - BAS, ESCUTIA - CARLOTA, BRINKHUIS, HENK, "Persistent near-tropical warmth on the Antarctic continent during the early Eocene epoch", en *Nature*, vol. 488, 02/08/2012.

PUIG, JUAN CARLOS, *La Antártida Argentina ante el Derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1960.

REY CARO, ERNESTO JOSÉ, "Las pretensiones territoriales en la Antártida y su proyección en los espacios marítimos", en *Cuadernos de Derecho Público*, Universidad de los Andes, 1987.

— *Temas de Derecho Internacional Ambiental*, Ed. Lerner, Córdoba, 1998.

REY CARO, ERNESTO JOSÉ - SALAS, GRACIELA R., *Tratados y Textos Internacionales*, 5ª ed., Advocatus, Córdoba, 2011.

ROTHWELL, DONALD R. - DAVIS, RUTH, *Antarctic Environmental Protection*, The Federation Press, 1997.

ROTHWELL, DONALD R., *The Polar Regions and the Development of International Law*, University of Cambridge, 1996.

— *Polar Environmental Protection and International Law: The 1991 Antarctic Protocol*, EJIL, Vol. 11, Nº 3, 2000, pp. 591-614.

SALAS, GRACIELA R. y otros, “Tutela Jurídica del Medio Ambiente”, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol. XLV, 2008, pp. 109-115.

SÁNCHEZ, RODOLFO A., *Antártida: introducción a un continente remoto*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 2008.

TAMBURELLI, GIANFRANCO, *The Antarctic Legal System*, Ed. Giuffrè, Milano, 2008.

TURNER, JOHN y otros, *Antarctic Climate Change and The Environment: a contribution to the Polar Year 2007-2008*, Scientific Committee on Antarctic Research, Cambridge, UK, 2009.

VIDAS, DAVOR, *Implementing the Environmental Protection Regime for the Antarctic*, Ed. Springer, 2000.

— “The Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty: a ten year review”, en *Yearbook of International Co-Operation on Environment and Development 2002/2003*, pp. 51-60.

VINUESA, R., “El Sistema Antártico: propósitos y principios”, en *Antártida al iniciarse la Década de 1990*, CARI, 1992.



ABSTRACTS

SECCIÓN I

DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA

Effective judicial protection: right to health with emphasis in people with disabilities

This paper addresses the effective judicial protection of the right to health. In the first place, we analyze with a constitutional and conventional perspective the right to health's scope and what does include in it. In the second place, we focus in effective judicial protection of right to health -considered as individual right and also collective right- and its impact in consumer protection law. Thirdly, we analyze with a procedural law perspective the Case of Furlan and family v. Argentina ruled by the Inter-American Court of Human Rights. Finally, we present our conclusions.

Keywords: effective judicial protection - right to health - people with disabilities - consume - reasonable length of judicial process

BORGARELLO, SUSANA ~ JUÁREZ CENTENO, CARLOS A. ~ BORGARELLO, MATÍAS

Right to a decent environment vs. mining: the Superior Court of Justice of Córdoba and a paradigmatic sentence ("Cemincor y otra c. Superior Gobierno de la Provincia - Acción declarativa de inconstitucionalidad")

The legislation of Córdoba prohibits metalliferous mining activity when done "open". The Superior Court of Córdoba on August 11, 2015, in the case: "Cemincor and Other c. Superior Government of the Province - declaratory action of unconstitutionality," said the full constitutionality of the Provincial Law No. 9526, which prohibits metal mining when performed under the "open" or, if you use substances such as cyanide, mercury and other classified as dangerous are used. The highest court in the province of Córdoba argued that the restrictions imposed are reasonable if one considers that "the environment is a collective supreme good" which must be preserved. Rejects thus the order of unconstitutionality raised by the Business Chamber Mining of the Province of Córdoba (Cemincor) and the Association of Professionals National Atomic Energy Commission and the Nuclear Activity (APCNEAN).

Keywords: mineral exploitation, environment, environment and health.

DE GAETANO, ANDRÉS M.

Constitutional review, interpretation and counter majoritarian difficulty: some reflections about living constitution and sociological data as tools for judicial legitimacy

The lack of an expressed determination in the constitutional text about the constitutionality review system, has allowed the judicial branch assume by judicial creation its own monopoly on the control/review system and the consequent definition of their classic characteristics.

However the supposed clarity appearance of this matter, it is not definitively solved due the existence of critical theories that support the legitimacy deficit of the judiciary branch to review legislative acts through the called *counter majoritarian difficulty*.

By this investigation it is proposed a theoretical reflection about the possibility of justifying the judicial constitutional review through the use of interpretative tools belonging to deliberative democratic theory: *the living constitution* and *sociological data* as a conciliation alternative to *counter majoritarian difficulty*.

Keywords: Constitutional review; constitutional interpretation; democratic legitimacy; living constitution; sociological data.

FATAUROS, CRISTIÁN ~ GARAYO, NADIA ~ LEDESMA, BARBRA ~ RODRÍGUEZ NASUTI, FLORENCIA ~ SELEME, HUGO

Republicanism, Citizenship, Presidential Elections

This paper evaluates several parties political platforms from the 2015 presidential elections in Argentina. In the first part we describe the methodology and the reasons that justify choosing the electoral platforms; in addition we describe our theoretical framework: republicanism. In the second part we explain the degree of controllability and accessibility that each platform have.

Keywords: electoral poll, political parties, accountability, citizen's control.

JULIÁ, MARTA SUSANA ~ GÓIS MORALES, ANGÉLICA ~ FORADORI, MARÍA LAURA

Reflections about environmental education and its legal framework in Argentina and Brazil

Environmental education studies the relationship between society, nature and education, looking for ways to open a new socio-environmental knowledge. So that, you need to incorporate this approach in public policy, through laws and institutions. This paper aims to explore the theoretical and legal framework of public policies on environmental education in Argentina and Brazil, trying to reach a general understanding of the political and institutional scenario. In order to that, we will address the Latin American environmental epistemology and the configuration of environmental education, discussing events and ideas that contributed to the formation and legitimacy of those public policies.

Keywords: environmental education, public policies on environmental education, legal framework, Latin American environmental epistemology.

OLIVARES, NICOLÁS EMANUEL

In defense of a neorepublican deliberative theory. Points and counterpoints with a Greppi's theoretical standing

Recently, A. Greppi (2012) has explained a detailed and thoughtful diagnosis of the current normative non-ideal conditions of contemporary democratic societies. As a result of his observations, a deep crisis of democratic constitutionalism is stated, as a valid theoretical and practical scheme to think and practice the democratic ideal of government. The causes are numerous and related with processes started in mid or late 80' of the past twentieth century. In response to this debacle, he suggests, not replace, but redefine the deliberative democratic constitutionalism from a discursive perspective. In this paper we stop to analyze the advantages and disadvantages of this approach. Our central hypothesis is that beyond the accuracy of its diagnosis and perspective of solution, there are certain aspects of the theoretical exposition of A. Greppi that must be reviewed. Without these improvements, the discursive deliberativism of this Spanish philosopher will incur in an excess (populism) or defect (libertarianism).

Keywords: political legitimacy, political effectiveness, deliberative democracy, discursive conception, neorepublican conception.

PARMIGIANI, MATÍAS

The Judiciary as a Political Actor? Emergency Legislation and the Supervising Role of the Courts: A View from Latin America

The present paper aims at criticizing the doctrine and jurisprudence that prevail in two Latin American countries —namely Colombia and Argentina— regarding the control of the facts that underlie emergency legislation. Is the judiciary in a position to perform such control without becoming at the same time a real political actor? My hypothesis is that it is not. This hypothesis notwithstanding, my main goal will be to try to reveal some clues that allow us to understand the role that the judiciary must be called upon to play within a republican system of government that operates in the context of a true deliberative democracy.

Keywords: emergency, judiciary, deliberative democracy.

PARMIGIANI, MYRIAM CONSUELO

Freedom of expression as a collective right: its democratic justification

In the province of Córdoba (Argentina), the legislative power passed legislation restricting certain individual rights for the purpose of ensuring a wider political participation. Within the framework of the rule of law of a democratic and constitutional state, the present paper analyzes recent jurisprudence of the highest Court upholding those measures. Its main goal, however, is to assess from different theoretical approaches to democracy how freedom of expression as a collective right has been justified, with the further end of trying to shed some light on the fundamentals behind the judicial decision.

Keywords: collective right to freedom of expression, democracy, freedom of expression.

PASTOR DE PEIROTTI, IRMA ~ ORTIZ DE GALLARDO, MARÍA INÉS

Access to public information

This paper analyzes the right of access to information and the conduct of public administration in situations where they were required to provide information.

Access to information is of fundamental importance because it allows citizen participation and control of society regarding the management of their rulers.

It is an individual and collective right.

The analysis includes the dogmatic, normative, jurisprudential development and evolution.

We also analyze the recent Draft Law on Access to Public Information and its constitutional and conventional limits and adaptation.

Keywords: Transparency, open government, public information, access to public information.

SALOMÓN, MARCELO JOSÉ ~ KESELMAN, SOFÍA ANDREA ~ SALOMÓN, VIVIANA ~ CIPOLLA, SEBASTIÁN

Labour law and the constitutional protection of the family

The study sought to “scrutinize constitutionally” Labour Law in those cases in which are surrounded family relationships, carrying out a test from the constitutional paradigm of “family protection” derived from our Constitution and Treaties DD.HH.

In this case, observation deepened in the “protection” of women in relation to motherhood, child-birth breastfeeding situation post and the “protection” of the members of convivencial marriage or union.

Identified the shortcomings and weaknesses of the regulatory standard (in the cases referred) proposed constitutional lifelines to propose an amendment to the Labor Contract Law that can provide real and effective the constitutional mandate of “constitutional protection of families “ effectiveness.

Keywords: labor law, national constitution, family relationships.

ULLA, MARÍA CAROLINA

Water management in Argentina: neoliberal model to public good model

Since the 90s the countries of the region, particularly in Argentina, underwent a remarkable transformation of the role of the State with the privatization of water services and sanitation product of hegemonic consolidation of a very limited group of large conglomerates business (both local and foreign origin) under the neoliberal governance (market, privatization, new public management). Within this framework, the interest of this work focuses, in its most general aspect, in the changes from these transformations in the field of governance of water resources and water and sanitation, and in particular in the policies of expansion of private participation in the sector that have favored the action of large private monopolies in Argentina. However, the problems of design and implementation that were raised for the provision of water services in private hands did not solve the problems of efficiency and quality of water, giving a new meaning process to providing water and sanitation through re-nationalization and co-production deficits driven by neoliberal model.

Keywords: water privatization, neoliberal water governance, accumulation by dispossession, legal instruments, re-nationalization, public good.

URQUIZA, MARÍA ISABEL

Supreme court and the complex issue of drug possession and drug trafficking. A reading from the paradigm of complexity

The Supreme Court has given a number of different answers to the complex issue of drug trafficking and drug possession. Likewise, the High Tribunal contributed discursively from different legal models and deviant categories. The different conformations of the Supreme Court at varied social and historical moments were able to contribute as well as the leadership and prominence of certain ministers.

Through discourse analysis of key Court sentences, I will try to unveil explicit language and show the deviant and stigmatizing categories constructed in such sentences in order to resolve the permanent swaying between what is allowed and what is prohibited.

Keywords: drug trafficking, drug possession, Supreme Court.

VILLAGRA, ANGEL ESTEBAN ~ SEQUEIRA, EUGENIA

The substantive principles of the system of promotion and comprehensive protection of the rights of children

Within the model of comprehensive protection of the rights of children and adolescents, we find a set of principles that characterize and specify, from its consecration in the Convention on the Rights of the Child, and other previous international instruments and later, such as the Beijing Rules and the Riyadh Guidelines, which are gradually being receptados by the internal laws of different countries. As we have seen in our country these principles have been receptados in National Law No. 26.061 and in the province of Cordoba, in particular, they have been built first, albeit imperfectly, in the law 9053. And then completed and perfected in the Act 9944 comprehensive protection of the rights of children and adolescents.

Thus, it is possible to indicate a catalog of substantive principles, and other strictly procedural, which guide the protection of the rights of children. This guiding potential is not limited to guide the legislative or legal operators activity exclusively but, on the contrary, reaches the activity, role and functions of all that from other subject areas are involved in the different stages and modalities —administrative and judicial— of this protection, and should therefore straighten their duties towards achieving the goals and values that represent these principles

Keywords: Childhood, rights of children, comprehensive protection, legal principles.

SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO RELACIONES INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

PEZZANO, LUCIANO

World War I and the prohibition of aggression: the League of Nations' efforts

The paper analyzes the efforts to outlaw war and criminalize aggression arising as a direct consequence of the World War I and in the work of the League of Nations. It also points out those elements and characteristics that were present during the codifying process of aggression in the United Nations, which is now enshrined in the Definition of Aggression, and which are still matter of debate today.

Keywords: aggression, World War I, League of Nations.

REY CARO, ERNESTO J. ~ SALAS, GRACIELA R.

Regional Integration: an instrument for development

From the characterization of Latin American integration, we identify the concepts of integration and development, and progress in the field of social and particularly human rights, which refers to the modern concept of development. Both concepts are multidimensional and include initiatives coordination, cooperation, convergence and deeper integration, and its scope covers economic and trade issues, as well as political, social, cultural and environmental.

Moreover, since 1992, on the occasion of the United Nations Conference on Environment and Development and 2002 with the World Summit on Sustainable Development, the concept of development was complemented its relationship with the environment. With the Millennium Declaration [1] the concept of development was strengthened with the fullest realization of human rights in all its dimensions, including the right to development.

Keywords: integration, regional, development.

URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA

Family relationships in the MERCOSUR a look from Argentina

Migration between countries of the region, is a phenomenon that continues producing a juxtaposition of reception conditions with emission, transit and return of migrants. The absence of a common regulatory framework governing family relations in the Mercosur, led to the development of the 2012 Agreement, the text of which is discussed in this article from the look of the Argentina legislation.

Keywords: family relations, international jurisdiction, applicable law.

SECCIÓN III

DERECHO PRIVADO

BARBARÁ, JORGE AUGUSTO

Interpretation and Contractual Integration in the Latest Civil and Commercial Code - The Rule of the Careful and Wary Contracting Party

The present paper raises a series of questions in relation with interpretation and contractual integration as formulated in the latest Argentinean Civil and Commercial Code (CCC), with a special focus on 'the rule of the careful and wary contracting party' (RCCP) contained in CCC art. 961. Its argument is threefold: first, it claims that RCCP is an integrative contractual mechanism—in contrast to what art. 961 seems to suggest at face value—; second, it affirms that RCCP makes it irrelevant to appeal to the intentionality of the contracting parties, for that rule would work under an 'abstract-rationality hypothesis'; and finally it suggests that important practical consequences are derived from assuming the above-mentioned postulates.

Keywords: interpretation, integration, contract, careful, wary.

BERTOSSI, ROBERTO FERMÍN

Savings and credit cooperative. Vicissitudes and Viability

This work aims to understand the importance, relevance and specificity of savings and credit cooperatives, as self-managed enterprise, to respond purposefully to some of the major controversies and uncertainties about the matter.

Through an interpretive and reflective approach on the issue, we try to understand the organizational phenomenon savings and credit cooperative as some of its major tensions, fissures or lameness, expanding the loss of education, democracy and cooperative participation as a consequently negative impairment of quality cooperativeness among partners to each cooperative or savings and credit.

Similarly, we note the consequent degeneration process of cooperative highlighting these self-managed enterprises follow a evolutionary dynamics with strong internal and external tensions, whose progression may be contradictory in relation to the initial thematic education budgets, cooperation and participation. Knowing these phenomena is essential to building good practices of savings and credit cooperative in the field of a new civil solidarity economy, proposing avoid and prevent any degenerative manifestation and negative externalities and cooperative criminal isomorphisms.

Keywords: cooperative, credit union, dictatorship, democracy, Pope Francisco, civil solidarity, economy, legal nature, Civil and Commercial Code (CCC), contradictories, INAES, flag cooperative assets, usurocracias, normative isomorphism, transformation, degeneration.

FREYTES, ALEJANDRO E.

Preliminary contract, a novel inclusion of civil and commercial code nation in the general theory of contract

The new Civil and Commercial Code of the Nation transcendent introduced amendments to the Civil Code of Velez Sarsfield regime in the general theory of contract, incorporating innovative figures that had been long known in the national law and international law.

Keywords: Civil and Commercial Code, contracts, preparatory contracts, promise, option, preference.

ORLANDI, OLGA ~ TAVIP, EUGENIO ~ MORENO UGARTE, GRACIELA ~ MONJO, SEBASTIÁN ~ VERPLAETSE, SUSANA ~ LÚPOLI, CLAUDIA ~ MIGNON, MARÍA BELÉN ~ JALIL MANFRONI, MARÍA VICTORIA

Responsibility of parents for harmful acts committed by their children during shared custody

In Argentina, the burden of legal responsibility for the welfare of children is shared by both parents unless emergency circumstances dictate otherwise. Consequently, liability in cases where children have been damaged has shifted from the "subjective" to the "objective"; the legislative modifications to the laws associated with child-care-responsibility has foisted a joint-liability upon both parents, regardless of which particular parent was active with the care of the child at the time of damage

Keywords: responsibility - parents - damage - children.

SAAD, CARLA ~ MINI, EMMA ~ LOZA SERRA, IGNACIO

Range on the right of reversion in dependent teleworking

On the context of dependent teleworking, we'll go forward with a proposal about the extension of the right that a dependent teleworker has, in order to ask about getting back to work in a traditional way.

Keywords: telework, dependent work relation - reversion.

WARDE, ADRIANA MARÍA ~ ASSANDRI, MÓNICA ~ HIPATIA PARODI, LUCÍA ~ ORONA, WENDI ROMINA ~ CANELO, NANCY RUTH ~ PACCUSI, FLORENCIA ~ VALLEJOS, MARÍA LOURDES

Autonomy of will in relations of family and marital convivial

In the context of family law in force the principle of autonomy in the relations of marital and convivial family is examined, covering both the institution of marriage, personal, economic effects, its dissolution as convivial unions. Next, we analyze, from a constitutional look if this principle, "the right to freedom of privacy" is enshrined in the new Civil and Commercial Code of the Nation to conclude that the legislation harmonized with the provisions of the Constitution and International human rights treaties. Finally receipt of this principle in the doctrine and jurisprudence both national and international investigation.

Keywords: beginning, autonomy, Civil and Commercial Code of the Nation, National Constitution, international treaties on Human Rights.

SECCIÓN IV

FILOSOFÍA - SOCIOLOGÍA

ABRIL, ERNESTO

A critical analysis on politics and responsibility in Ronald Dworkin

Through this work I propose to make a brief critical analysis of the political conception espoused by Ronald Dworkin. For the same purpose, I will interest in your view on the relationship between ethics and moral responsibility and how this distinction affects their view of politics. I will specify my criticisms or comments to present my objections to Ronald Dworkin's thesis on the proposed theme and its particularities linked to the concept of political obligation and interpretative concepts of the principle of equality; the principle of freedom ; of democracy and constitutional control

Keywords: critical analysis, policy, relations between ethics and morals responsibility, argumentative concepts: principles of freedom and equality, democracy, constitutional review.

ADEN, ERCILIA

Loitering in rural area and suspicious behavior in the new citizen's code of coexistence of the córdoba province. An analysis based on the theory of fundamental rights proposed by Ronald Dworkin

In December 2015 the Unicameral Legislature of the Córdoba Province enacted the new Administrative Criminal Law Code of the Province of Córdoba —Law #10326— (also known as "Citizen's Code of Coexistence"), replacing the previous Code from 1994 —Law #8431—. This paper aims to determine whether the existence of the cases of 'loitering in rural area' and 'suspicious behavior' recently incorporated by the new Code can be morally justified. The analysis will be based on the theory proposed by contemporary philosopher Ronald Dworkin in regards to the moral rights of citizens against the State.

Keywords: fundamental rights, administrative criminal law, Ronald Dworkin.

ALLIONE, OSVALDO

Statutes of blood cleaning and the colonial pattern of power

The theoretical register where is addressed this text from is the coloniality of power. The coloniality is an event of long length - it begins with the conquest of America and it continues until our days - that makes reference to the unfinished character of decolonization. This notion was elaborated in the attempt to understand the permanence and continuity of the notion of race as the main form of exercise of domination, even after the emancipation processes of XIX century. The notion of race that emerged a little longer than five centuries ago is a ideological modern construct designed as a

tool for racial domination. We look up to put into evidence the role performed by the Statutes in the construction of the modern notion of race.

Keywords: race, coloniality, pattern of power, indians, statutes.

CAMPANA, MAXIMILIANO

Regulatory changes in the Argentine legal field: its role on the design and implementation of strategic litigation campaigns

Since the last democratic restoration, major changes have taken place in the Argentine legal field, particularly in matters related to recognition of collective rights. These changes encouraged to various groups and organizations to begin seeing the judiciary as an important field for the attainment of political objectives and to install their cases into the local courts. This article wants to identify the regulatory changes that have occurred, and how the legal field became into an enabling environment for the design and implementation of strategic litigation campaigns, taking as an example the experience of the Argentine LGBT Movement for the judicial recognition of same-sex marriage.

Keywords: class actions, strategic litigation, collective rights, sexual diversity

GÓMEZ DEL RÍO, MARÍA EUGENIA

Criminal records and judicial practice: disputes over the public / private tension

Focused on the research that explore the meaning and scope conferred upon the distinction between public and private in the specific legal practices, the work presented here aims to infer the existence (or not) of tensions and struggles around appropriation and the nomination of symbolic goods into the state legal field. The theoretical interest analysis focuses specifically on the conflict of "public-private" detectable kind in court cases. For analysis, we selected a case submitted to the Judiciary Power of the Province of Córdoba, in which a particular demand the protection of a constitutional right, claiming that it is threatened or undermined by an act of the State. It is understood that this case is paradigmatic that reveals the relationship ends stressed through claim certifications, in which the judiciary (the state) officiates as a bank of symbolic capital, built through an official speech. Based on the theory of Pierre Bourdieu, the examination of the case it is developed taking into account the hierarchical system of the judicial field and worldviews confronted about stress public-private, interests in a situation facing the individual right to work with the obligation to safeguard public safety.

Keywords: judicial practice, public, private.

JODOR, NEREA LUCRECIA

Perspectives about modernity and the role of social movements. Linkage between the works of Jürgen Habermas and Alain Touraine.

Modernity by way of ideal has been object of various judgments and reformulations from different social sciences's orderliness. In this work appeals to deepen about some criticism sociological perspectives belonging to hermeneutical paradigm whose propose the social movements as auspicious spaces for the modern ideal reconstruction. Specifically the text is about the critical modern perspectives by Jürgen Habermas and Alain Touraine, establishing similarities and differences; then join both perspectives around the social movement's role in the reconstruction of the modern ideal.

Keywords: Modernity; Social Movements; Jürgen Habermas; Alain Touraine.

PERALTA, JOSÉ MILTON

Exploitation of a need: a philosophical discussion about its criminal wrongfulness

If someone manages that another because of need consents to be exploited, he does something wrong, so wrong that deserves to be punished. The first intuition is that what he does is wrong because it is harmful to the exploited. However, an analysis of how he affects him shows that through the exploitation nor his freedom is reduced, neither is he materially or morally damaged. Exploitation measures are, however, suitable for the exploited, but that convenience can not justify the criminal intervention. To do so we must be clear about how is the exploited wronged, which is not the case so far.

Keywords: exploitation of a need, offers and coercions, material harm, moral harm, convenience of the criminalization.

RICHTER, ANNA

Two levels of constitutional analysis

The analysis of unconstitutionality of a legal figure can be divided into two levels: On the one hand, the figure itself can be unconstitutional, or its inclusion in the legal system can even be demanded

by the Constitution. On the other hand, the configurations and limitations of the legal figure can be according to or against the Constitution. Nevertheless, not always those two levels are properly distinguished and analysed, as it happens with an adjudication of the high court of Córdoba, which serves as benchmark in the present article.

Keywords: constitutionality, unconstitutionality, probation.



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2016
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

